

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho



Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

Las soluciones para la excesiva onerosidad sobreviniente bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“CISG”)

Jorge Arturo González Calderón

B53052

San José, Costa Rica

Setiembre 2020



18 de septiembre de 2020
FD-2076-2020

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de las estudiantes del estudiante: Jorge Arturo González Calderón, carné B53052 denominado: "Las soluciones para la excesiva onerosidad sobreviniente bajo la convención de la Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercadería ("CISG")". fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	Dr. Juan Marco Rivero Sánchez
Presidente	Lic. Federico Torrealba Navas
Secretaria	MSc. Anayancy Rojas Chan
Miembro	Lic. Julián Solano Porras
Miembro	Dr. Manuel Amador Hernández

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **08 de octubre del 2020**, a las 6:00 p.m. de manera virtual.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director Área de Investigación

LCV
C.Archivo



Nuestra
salud mental
[importa]

1 de setiembre de 2020

Dr. Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho

Estimado don Ricardo,

El suscrito, **JULIAN SOLÁNO PORRAS**, en mi condición de Lector de Tesis y miembro del Comité Asesor del estudiante egresado, **JORGE ARTURO GONZÁLEZ CALDERÓN**, carné B53052, manifiesto haber terminado la revisión del trabajo final de graduación titulado **“LAS SOLUCIONES PARA LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE BAJO LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (‘CISG’)”** y haber aprobado el mismo sin reserva alguna. Esta investigación busca determinar cuáles son las soluciones legalmente procedentes y comercialmente razonables para eventos de excesiva onerosidad bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

El trabajo de investigación trata temas de gran relevancia y sujetos a discusión jurídica a nivel internacional, en el contexto de la pandemia COVID-19 y la situación económica global. Asimismo, el trabajo aporta a la doctrina sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la cual es escasa a nivel costarricense. Por último, el trabajo cumple de forma satisfactoria cada uno de los objetivos planteados y logra responder a la hipótesis propuesta.

Por lo anterior, se aprueba la tesis del estudiante **JORGE ARTURO GONZÁLEZ CALDERÓN** para que pueda defenderla en la etapa de réplica.

Atentamente,

JULIAN JOSE
SOLANO
PORRAS (FIRMA)

Firmado digitalmente por
JULIAN JOSE SOLANO
PORRAS (FIRMA)
Fecha: 2020.09.04
13:24:28 -06'00'

Julián Solano Porras

Lector

1 de setiembre de 2020

Dr. Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho

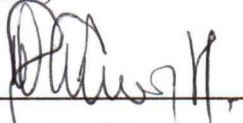
Estimado don Ricardo,

El suscrito, **MANUEL AMADOR HERNÁNDEZ**, en mi condición de Lector de Tesis y miembro del Comité Asesor del estudiante egresado, **JORGE ARTURO GONZÁLEZ CALDERÓN**, carné B53052, manifiesto haber terminado la revisión del trabajo final de graduación titulado **“LAS SOLUCIONES PARA LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE BAJO LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (‘CISG’)”** y haber aprobado el mismo sin reserva alguna. Esta investigación busca determinar cuáles son las soluciones legalmente procedentes y comercialmente razonables para eventos de excesiva onerosidad bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

El trabajo de investigación trata temas de gran relevancia y sujetos a discusión jurídica a nivel internacional, en el contexto de la pandemia COVID-19 y la situación económica global. Asimismo, el trabajo aporta a la doctrina sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la cual es escasa a nivel costarricense. Por último, el trabajo cumple de forma satisfactoria cada uno de los objetivos planteados y logra responder a la hipótesis propuesta.

Por lo anterior, se aprueba la tesis del estudiante **JORGE ARTURO GONZÁLEZ CALDERÓN** para que pueda defenderla en la etapa de réplica.

Atentamente,



Manuel Amador Hernández
Lector

10 de setiembre de 2020

Dr. Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho

Estimado don Ricardo,

El suscrito, **JUAN MARCO RIVERO SÁNCHEZ**, en mi condición de Director de Tesis y miembro del Comité Asesor del estudiante egresado, **JORGE ARTURO GONZÁLEZ CALDERÓN**, carné B53052, manifiesto haber terminado la revisión del trabajo final de graduación titulado **“LAS SOLUCIONES PARA LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE BAJO LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (‘CISG’)”** y haber aprobado el mismo sin reserva alguna. Esta investigación busca determinar cuáles son las soluciones legalmente procedentes y comercialmente razonables para eventos de excesiva onerosidad bajo la CISG.

El estudiante González Calderón ha desarrollado una investigación extensiva sobre la excesiva onerosidad onerosidad en la CISG, valiéndose de apoyo doctrinal y jurisprudencial (laudos arbitrales internacionales y sentencias judiciales extranjeras). El trabajo representa un aporte académico clave en el contexto costarricense y mundial. En primer lugar, la investigación trata la CISG, la cual es de reciente ratificación en Costa Rica y tiene un potencial enorme para uniformar el derecho internacional comercial a nivel global. De aplicarse adecuadamente, la CISG puede beneficiar a las empresas y PYMEs costarricenses que participan del comercio internacional. En segundo lugar, el trabajo se refiere a la doctrina jurídica de la excesiva onerosidad, la cual tiene gran vigencia en el derecho de los contratos, y estará en el corazón de muchas disputas durante la economía COVID-19. La investigación revisa las diferentes soluciones asociadas a esta doctrina a nivel internacional, para concluir con una novedosa propuesta para la CISG en particular. En síntesis, se trata de una investigación de alta calidad que cumple con los objetivos planteados y logra responder a la hipótesis propuesta de forma satisfactoria.

Por lo anterior, se aprueba la tesis del estudiante **JORGE ARTURO GONZÁLEZ CALDERÓN**, a efecto de presentar la defensa en la etapa de réplica.

Atentamente,


Dr. Juan Marco Rivero Sánchez

Lector

Juan M. Rivero Sánchez
Abogado y C/ 3324



M. L. Vilma Isabel Sánchez Castro
Bachiller y Licenciada en Filología Española. U. C. R.



A QUIEN INTERESE

Yo, Vilma Isabel Sánchez Castro, Máster en Literatura Latinoamericana, Bachiller y Licenciada en Filología Española, de la Universidad de Costa Rica; con cédula de identidad 6-054-080; inscrita en el Colegio de Licenciados y Profesores, con el carné N° 003671, hago constar que he revisado el documento aprobado por el tutor y los lectores. Y he corregido en él los errores encontrados en ortografía, redacción, gramática y sintaxis. El cual se intitula:

LAS SOLUCIONES PARA LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE BAJO LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS ("CISG")

JORGE ARTURO GONZÁLEZ CALDERÓN

LICENCIATURA EN DERECHO

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Se extiende la presente certificación a solicitud del interesado en la ciudad de San José a los once días del mes de setiembre de dos mil veinte. La filóloga no se hace responsable de los cambios que se le introduzcan al trabajo posterior a su revisión.


M.L. Vilma Isabel Sánchez Castro
Máster en Literatura Latinoamericana. UCR.
Bachiller y Licenciada en Filología Esp. UCR.
Cédula 600540080-Carné 003671

TABLA DE CONTENIDOS

<u>TABLA DE CONTENIDOS</u>	i
<u>RESUMEN</u>	iv
I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA	iv
II. HIPÓTESIS	iv
III. OBJETIVOS	v
IV. METODOLOGÍA	v
<u>FICHA BIBLIOGRÁFICA</u>	vi
<u>INTRODUCCIÓN</u>	1
I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA	1
II. HIPÓTESIS	3
III. OBJETIVOS	3
IV. METODOLOGÍA	4
V. FORMA EN LA QUE ESTÁ ESTRUCTURADA LA INVESTIGACIÓN	4
<u>CAPÍTULO PRIMERO: DOCTRINAS JURÍDICAS RELEVANTES</u>	6
I. FUERZA MAYOR	6
A. Concepto básico	6
B. Consecuencias jurídicas	7
C. Redacción de cláusulas	8
D. Posibles ejemplos	9
II. EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE	10
A. Concepto básico	10
B. Posibles ejemplos	11
C. Debate axiológico y codificación	12
D. Consecuencias jurídicas	14
E. Redacción de cláusulas	20
F. El caso de Costa Rica	23
III. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO PRIMERO	25

<u>CAPÍTULO SEGUNDO: LA CISG ANTE LA EXCESIVA ONEROSIDAD</u>	26
I. LA CISG	26
A. Historia, ámbito de aplicación y principales contenidos de la CISG	26
B. Interpretación de la CISG	29
1. Carácter internacional de la CISG	30
2. Necesidad de promover la aplicación uniforme de la CISG	31
3. Necesidad de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional	34
C. Integración de la CISG y los Principios UNIDROIT	35
D. Costa Rica y la CISG	39
II. EL ARTÍCULO 79 CISG	39
A. Requisitos y concepto general	39
1. “Impedimento”	41
2. “Ajeno a su voluntad”	42
3. Causalidad entre el impedimento y el incumplimiento (“esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento”)	43
4. Imprevisibilidad del impedimento al momento de contratar (“no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato”)	43
5. Irresistibilidad del impedimento o sus consecuencias (“no cabía razonablemente esperar... que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias”) 45	
B. Consecuencias jurídicas	45
III. LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE COMO “IMPEDIMENTO” BAJO EL ARTÍCULO 79 CISG	47
A. Interpretación literal	47
B. Interpretación basada en la historia legislativa	48
C. Interpretación basada en el carácter internacional y la aplicación uniforme	50
D. Interpretación basada en la buena fe	53
E. Evolución de la jurisprudencia y la doctrina	54
IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO SEGUNDO	59

CAPÍTULO TERCERO: LAS SOLUCIONES PARA LA EXCESIVA ONEROSIDAD

<u>BAJO LA CISG</u>	60
I. ANTECEDENTES	60
A. Caso <i>Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.</i>	61
B. Caso <i>Dupiré Invicta Industrie v. Gabo</i>	66
II. RENEGOCIACIÓN	67
A. Análisis según el principio de buena fe	68
B. Análisis según el principio de autonomía de la voluntad	69
C. Exclusión de la solución propuesta	69
III. RESOLUCIÓN	70
A. Análisis según los principios de <i>pacta sunt servanda</i> y <i>favor contractus</i>	70
B. Análisis según el principio de autonomía de la voluntad	71
C. Exclusión de la solución propuesta	71
IV. ADAPTACIÓN	72
A. Análisis según los principios de <i>pacta sunt servanda</i> y <i>favor contractus</i>	72
B. Análisis según el principio de autonomía de la voluntad	73
C. Análisis según el principio de modificación	74
D. Exclusión de la solución propuesta	75
V. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD	75
A. La solución del artículo 79 CISG frente a situaciones de excesiva onerosidad	76
B. Afirmación de la solución propuesta	78
VI. SOLUCIONES CONTRACTUALES	78
A. Procedencia y conveniencia de regular el tema contractualmente	79
B. Recomendaciones y cláusulas modelo	79
C. Afirmación de la solución propuesta	82
VII. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO TERCERO	82
<u>CONCLUSIONES GENERALES</u>	83
<u>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	84

RESUMEN

I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

La presente investigación aborda las soluciones a las que puede acceder una parte afectada por situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente en el contexto de un contrato de compraventa internacional de mercaderías. Esto se analiza bajo el marco legal de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

El tema propuesto reviste una gran relevancia jurídica y económica. Considerando los riesgos que implica la contratación internacional, es relevante considerar la respuesta que da el Derecho a la materialización de eventos sobrevinientes, tales como la excesiva onerosidad. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de reciente entrada en vigencia en Costa Rica, es una de las leyes más relevantes en este sentido, y puede aplicar a empresas costarricenses. La finalidad de esta investigación es brindar un aporte en este sentido, debido a que al día de hoy la respuesta dada por la Convención no es clara y no hay seguridad jurídica.

En años recientes se han dado reformas legales a nivel internacional tendientes a reconocer la doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente para la contratación privada. Esto ha aumentado la discusión jurídica en torno a esta doctrina. Finalmente, se puede esperar que la pandemia global COVID-19 y las restricciones gubernamentales a nivel global vayan a interferir con numerosos contratos internacionales, haciendo que sea apremiante encontrar una respuesta para este tipo de situaciones en la ley.

II. HIPÓTESIS

Ante una situación de excesiva onerosidad sobreviniente, se proponen y analizan las soluciones de renegociación, adaptación contractual, resolución contractual y liberación de responsabilidad por incumplimiento. En caso de que ninguna de ellas sea jurídicamente posible o conveniente para las partes bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, habría que proponer que las partes

se protejan regulando el tema contractualmente y se aconsejaría una redacción específica para tal efecto.

III. OBJETIVOS

Se plantea como objetivo general determinar cuáles son las soluciones disponibles para una parte afectada por la excesiva onerosidad sobreviniente bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Se plantean cuatro objetivos específicos:

- Explicar las doctrinas jurídicas relevantes para la investigación: fuerza mayor y excesiva onerosidad sobreviniente.
- Analizar el tratamiento de la Convención a las situaciones de excesiva onerosidad, siguiendo sus mandatos de interpretación e integración contenidos en el artículo 7.
- Analizar las posibles soluciones de renegociación, adaptación y resolución contractual, para rechazar su procedencia para situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente en la Convención, siguiendo sus mandatos de interpretación e integración contenidos en el artículo 7.
- Analizar la solución de exoneración de responsabilidad por incumplimiento y las soluciones contractuales, para afirmar su procedencia para situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente en la Convención.

IV. METODOLOGÍA

Se utilizarán los métodos descriptivo, comparativo y analítico. El primero se utilizará para explicar conceptos clave tales como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la interpretación uniforme y las doctrinas jurídicas relevantes para la investigación. A modo de referencia también se utilizará el método comparativo para analizar similitudes y diferencias en el tratamiento de estos conceptos que hace la Convención, las leyes domésticas e instrumentos de *soft law*, así como la costumbre y práctica internacional. Finalmente, se aplicará el método analítico en particular, frente al artículo 79 de la Convención, para determinar si cubre situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

González Calderón, Jorge Arturo. Las soluciones para la excesiva onerosidad sobreviniente bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“CISG”). Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2020.

Director: Juan Marcos Rivero Sánchez

Palabras clave: excesiva onerosidad sobreviniente, imprevisión, *hardship*, compraventa internacional de mercaderías, contratos internacionales, derecho comercial internacional, *lex mercatoria*, CISG, Convención de Viena, adaptación, resolución, renegociación, exoneración de responsabilidad

INTRODUCCIÓN

I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

La presente investigación aborda las soluciones a las que puede acceder una parte afectada por situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente en el contexto de un contrato de compraventa internacional de mercaderías. Esto se analiza bajo el marco legal de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante, la “Convención” o la “CISG” por sus siglas en inglés).

El tema propuesto reviste una gran relevancia jurídica y económica. El comercio transfronterizo de bienes es una actividad económica que representa un gran riesgo para exportadores e importadores. Los contratos de compraventa internacional de mercaderías se ven afectados por eventos sobrevinientes todo el tiempo. Se trata de factores como el pago, condiciones de transporte, destrucción, pérdida o daño a las mercaderías, precios de la materia prima y temas aduaneros, fitosanitarios y/o políticos. Tomando en cuenta lo anterior y que la CISG rige una gran cantidad de contratos de este tipo, es relevante considerar la respuesta que da esta Convención a eventos sobrevinientes como la excesiva onerosidad. Se estima que la CISG aplica al 80% del comercio internacional relativo a mercaderías a nivel mundial.¹

Esta investigación pretende aterrizar en un tema eminentemente práctico: cuáles son las soluciones a las que una parte afectada tiene acceso en caso de experimentar *hardship* bajo la CISG. La respuesta a esta pregunta tiene consecuencias económicas para los actores que participan del comercio internacional y actualmente no está del todo clara, por lo que no hay seguridad jurídica. La finalidad de esta investigación es brindar un aporte en este sentido.

Por otro lado, aportar material académico es clave en el contexto costarricense. La CISG es una novedad en Costa Rica y se conoce poco acerca de su aplicación. Aun así, la Convención puede ser aplicable en una gran cantidad de disputas, afectando a empresas costarricenses.

¹ Butler, “The CISG - the tool for the successful participation of businesses in global trade”

Por ejemplo, si la cláusula contractual sobre ley aplicable en un contrato de compraventa internacional de mercaderías eligió ley costarricense, podría aplicar la CISG, como parte del ordenamiento jurídico costarricense y como norma material especial en el contexto del derecho internacional privado.

Lo anterior permite afirmar lo importante que es que los estudiantes, abogados, jueces y árbitros costarricenses se eduquen sobre la CISG. Esto es especialmente relevante al considerar los grandes retos que hay en su aplicación e interpretación. Al final del día, todo el punto de tener una ley globalmente uniforme, se vería socavado si su interpretación variara de foro en foro.² Por lo anterior, la CISG se debe interpretar considerando su carácter internacional y procurando su aplicación uniforme.³ Sus disposiciones fueron negociadas entre Estados con culturas jurídicas divergentes, por lo que se buscaron puntos comunes y se rechazaron conceptos legales que eran familiares exclusivamente para un sistema legal u otro.⁴ No en pocas ocasiones, los operadores del derecho han fallado en lograr este objetivo, tendiendo a interpretar a la CISG con base en su propio derecho local. Este trabajo de investigación también busca ser un aporte en este sentido, especialmente tomando en cuenta el contexto costarricense. Justamente, el tema propuesto se tiene que resolver con base en la interpretación e integración de lagunas de la Convención, ya que la excesiva onerosidad sobreviniente no se menciona expresamente en su texto.

En cuanto a la actualidad del tema, a nivel global también hay gran discusión al respecto. El Consejo Asesor de la CISG publicó en 2020 una nueva opinión consultiva dedicada exclusivamente al *hardship*, tema de esta investigación. Algunos desarrollos a nivel internacional pueden explicar el auge de este tema. Un ejemplo es que en 2016, Francia reformó su Código Civil para, entre otras cosas, incorporar la noción de la excesiva onerosidad sobreviniente (bajo el nombre de *imprevisión*) a su ordenamiento jurídico. Por el otro lado, la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, “ICC” por sus siglas en inglés)

² Flechtner, “The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on 'Hardship' Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court”, 10

³ Artículo 7, CISG

⁴ Flechtner, “The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on 'Hardship' Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court”, 10

actualizó su cláusula modelo sobre excesiva onerosidad en 2020 para incorporar nuevas soluciones contractuales. Finalmente, el tema puede encontrar mayor ímpetu al considerar la posibilidad de que la pandemia global COVID-19 y las restricciones gubernamentales al comercio generen nuevos casos de excesiva onerosidad en los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

II. HIPÓTESIS

Se ha definido como hipótesis con base en el anterior planteamiento y justificación, la siguiente afirmación: *Ante una situación de excesiva onerosidad sobreviniente, se proponen y analizan las soluciones de renegociación, adaptación contractual, resolución contractual y liberación de responsabilidad por incumplimiento. En caso de que ninguna de ellas sea jurídicamente posible o conveniente para las partes bajo la CISG, habría que proponer que las partes se protejan regulando el tema contractualmente y se aconsejaría una redacción específica para tal efecto.*

III. OBJETIVOS

Se plantea como objetivo general determinar cuáles son las soluciones disponibles para una parte afectada por la excesiva onerosidad sobreviniente bajo la CISG.

Se plantean cuatro objetivos específicos:

- Explicar las doctrinas jurídicas relevantes para la investigación: fuerza mayor y excesiva onerosidad sobreviniente.
- Analizar el tratamiento de la CISG a las situaciones de excesiva onerosidad, siguiendo sus mandatos de interpretación e integración contenidos en el artículo 7.
- Analizar las posibles soluciones de renegociación, adaptación y resolución contractual, para rechazar su procedencia para situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente en la CISG, siguiendo sus mandatos de interpretación e integración contenidos en el artículo 7.
- Analizar la solución de exoneración de responsabilidad por incumplimiento y las soluciones contractuales, para afirmar su procedencia para situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente en la CISG.

IV. METODOLOGÍA

Se utilizarán los métodos descriptivo, comparativo y analítico. El primero se utilizará para explicar conceptos clave tales como CISG, interpretación uniforme y las doctrinas jurídicas relevantes para la investigación: fuerza mayor, impedimento y excesiva onerosidad. A modo de referencia, también se utilizará el comparativo para analizar similitudes y diferencias en el tratamiento de estos conceptos que hace la CISG, las leyes domésticas e instrumentos de *soft law*, así como la costumbre y práctica internacional. Esto también puede ayudar a entender la intención de los Estados Contratantes de la CISG, necesaria para lograr la mejor interpretación de este tratado. Finalmente, se aplicará el analítico en particular, frente al artículo 79 CISG, para determinar si cubre situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente. Se realizarán complejos silogismos jurídicos para responder interrogantes como las siguientes: ¿tiene cabida una situación de excesiva onerosidad sobreviniente bajo el concepto de “impedimento” en la CISG?; ¿hay un vacío con respecto a las soluciones para la excesiva onerosidad sobreviniente en la CISG?; ¿es procedente llenar este vacío introduciendo las soluciones de renegociación, adaptación y resolución, mismos que no existen en la CISG? Además, el reto es que todo se debe realizar siguiendo los mandatos de interpretación e integración del artículo 7 CISG: uniformidad, buena fe, carácter internacional y principios generales de la CISG.

V. FORMA EN LA QUE ESTÁ ESTRUCTURADA LA INVESTIGACIÓN

La investigación se divide en tres capítulos. El primero y el segundo capítulos corresponden respectivamente al primer y segundo objetivo específico, mientras que el tercero, a los objetivos específicos tercero y cuarto.

El **Capítulo Primero** se refiere a las doctrinas jurídicas relevantes para la investigación, siendo estas fuerza mayor y excesiva onerosidad sobreviniente.

El **Capítulo Segundo** se ocupa de analizar el tratamiento de la CISG a las situaciones de excesiva onerosidad, siguiendo sus mandatos de interpretación e integración. Para ello se estudia la CISG y sus reglas de interpretación e integración. Posteriormente, se utilizan estos métodos para calificar adecuadamente la excesiva onerosidad bajo la CISG como un impedimento.

El **Capítulo Tercero** analiza una serie de soluciones propuestas para la excesiva onerosidad como un impedimento bajo la CISG. Así, se analizan y rechazan las soluciones de renegociación, adaptación y resolución, mientras que se afirman las soluciones de exoneración de responsabilidad por incumplimiento y la regulación contractual. Finalmente, se proporcionan algunos consejos para redactar cláusulas.

Finalmente, se presentan las **Conclusiones Generales** de la investigación.

CAPÍTULO PRIMERO: DOCTRINAS JURÍDICAS RELEVANTES

El Capítulo Primero explica las principales doctrinas jurídicas relevantes para la investigación: **(I)** Fuerza mayor y **(II)** Excesiva onerosidad sobreviniente. Este es un primer paso necesario para poder analizar situaciones fácticas de fuerza mayor y excesiva onerosidad bajo la ley escogida para esta investigación. Finalmente, se presentan las **(III)** Conclusiones.

I. FUERZA MAYOR

La presente sección introduce la doctrina de fuerza mayor, a través de los siguientes temas: **(A)** Concepto básico, **(B)** Consecuencias jurídicas, **(C)** Redacción de cláusulas, y **(D)** Posibles ejemplos.

A. Concepto básico

La piedra angular del derecho de los contratos es el principio de *pacta sunt servanda* o en otras palabras, que las promesas deben cumplirse. Sin duda, esta regla es fundamental para el comercio internacional, donde la necesidad de seguridad jurídica, certeza y predictibilidad que tienen los comerciantes es apremiante. No obstante, como regla general, *pacta sunt servanda* encuentra varias excepciones, siendo una de ellas el concepto de fuerza mayor, también conocido en el derecho comparado como imposibilidad, *act of God* o *force majeure*. La fuerza mayor ocurre cuando una obligación contractual se torna de imposible cumplimiento por un evento imprevisible, irresistible y fuera del control de las partes.⁵ El concepto de fuerza mayor encuentra sus raíces en el aforismo romano según el cual nadie está obligado a lo imposible.⁶ Normalmente, la parte que alega fuerza mayor ostenta la carga de la prueba.⁷ Algunos eventos que se pueden considerar como posibles circunstancias de fuerza mayor (siempre que haya una relación de causalidad con el incumplimiento y que se reúnan los requisitos que exige la respectiva ley) son los siguientes: guerra, hostilidades,

⁵ Puelinckx, “Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances”, 55; Artículo 7.1.7(1), Principios para los Contratos Comerciales Internacionales del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado; Artículo 79(1), CISG

⁶ Schwenger, “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”, 710

⁷ Artículo 7.1.7(1), Principios para los Contratos Comerciales Internacionales del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado; Artículo 79(1), CISG

invasión, movilización militar, disturbios, rebelión y revolución, usurpación del poder, insurrección, actos de terrorismo, sabotaje o piratería, embargos y sanciones, actos de una autoridad pública, ya sea legal o ilegal, cumplimiento de cualquier ley u orden gubernamental, expropiación, ocupación de obras, requisa, nacionalización, plaga, epidemia, desastre, evento natural extremo, explosión, incendio, destrucción de equipos, interrupción prolongada del transporte, telecomunicaciones, sistemas de información o energía, boicot, huelga y cierre patronal.⁸

B. Consecuencias jurídicas

En la mayoría de sistemas jurídicos alrededor del mundo, la consecuencia jurídica de la fuerza mayor es que el deudor queda liberado o exonerado del cumplimiento de sus obligaciones.⁹ A nivel práctico, esto significa que el acreedor no puede reclamar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. Como una referencia, los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (en adelante, los “Principios UNIDROIT” o los “Principios”) establecen en su artículo 7.1.7(1) sobre fuerza mayor, que el incumplimiento de la parte afectada queda excusado en tal circunstancia, pero deja a salvo el derecho de su contraparte de resolver el contrato, suspender su cumplimiento o reclamar intereses por el dinero debido. Es decir, el acreedor puede ejercer otros derechos, pero no reclamar los daños y perjuicios que surjan del incumplimiento bajo la doctrina de la fuerza mayor. Por otro lado, si el evento de fuerza mayor es únicamente temporal, la excusa tiene un efecto temporal. En el caso de los Principios UNIDROIT, se establece que la excusa tiene efecto durante un período que sea “razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato”.¹⁰

En la mayoría de sistemas legales, es la propia ley positiva o bien, la jurisprudencia, la que protege a una parte afectada por eventos de fuerza mayor. El Código Civil de Costa Rica exime expresamente al deudor de responsabilidad por incumplimiento contractual en el caso

⁸ ICC, “Cláusulas Fuerza Mayor y Hardship 2020”

⁹ Zweigert y Kotz, *Introduction to Comparative Law*, 515; Benoliel, “The Impossibility Doctrine in Commercial Contracts: An Empirical Analysis”, 395

¹⁰ Artículo 7.1.7(2)

que el incumplimiento provenga de fuerza mayor.¹¹ A modo de comparación, la jurisprudencia en Inglaterra y Gales ha aplicado las doctrinas de la imposibilidad sobrevenida y de la frustración del contrato, las cuales tienen su propio significado y consecuencias únicas.¹² Por ejemplo, bajo estas doctrinas no solo se excusa la falta de cumplimiento, sino que además, el contrato queda resuelto de pleno derecho.¹³

C. Redacción de cláusulas

La divergencia de regulación y soluciones a nivel internacional ha generado que la redacción de cláusulas de fuerza mayor sea una práctica indispensable en el comercio internacional.¹⁴ La jurisprudencia indica que estas cláusulas pueden desplazar las normas legales sobre fuerza mayor en una disputa, a modo de *lex specialis*.¹⁵ La práctica de incluir estas cláusulas asegura una mayor seguridad jurídica para las partes y permite que el contrato se adapte a sus necesidades particulares, a diferencia de la ley, que es más general. Así, las partes pueden determinar cuáles son los eventos que quieren considerar como fuerza mayor y cuáles son los efectos que quieren brindarles, para que eventualmente un juez o un árbitro los pueda hacer valer.

Una de las cláusulas modelo sobre fuerza mayor más utilizada a nivel internacional es la de la ICC.¹⁶ La idea detrás de estas cláusulas modelo es que las empresas y sus asesores legales las utilicen como punto de partida cuando negocien un nuevo contrato, pero que también las

¹¹ Artículo 702; en el caso de Costa Rica, el supuesto de caso fortuito también opera como un eximente de responsabilidad; sin embargo, no corresponde al ámbito de esta investigación.

¹² Rimke, “Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 202

¹³ Rimke, “Force majeure and hardship: Application in international trade practice”, 202; CISG Advisory Council, “Opinion No. 20, Hardship under the CISG”, 41

¹⁴ Chung, “A Comparative Analysis of the Frustration Rule: Possibility of Reconciliation Between Hong Kong-English ‘Hands-off Approach’ and German ‘Interventionist Mechanism’”, 109; Rimke, “Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 226; Perales Viscasillas, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)*

¹⁵ Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Ucrania, Caso No. 218y/2011; Huber y Mullis, *The CISG: a new textbook for students and practitioners*, 259; Bund, “Force majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner”, 405

¹⁶ ICC, “Cláusulas Fuerza Mayor y Hardship 2020”, Cláusula de Fuerza Mayor Forma Extensa

puedan modificar para su contrato en particular. La cláusula modelo sobre fuerza mayor 2020 de la ICC define fuerza mayor como “la producción de un hecho o circunstancia que imposibilita o impide que una parte cumpla una o más de sus obligaciones contractuales de acuerdo con el contrato”.¹⁷ Según esta misma cláusula, la parte afectada por esta circunstancia debe probar que: **(1)** el impedimento está fuera de su control razonable, **(2)** no podría haberse previsto razonablemente en el momento de la celebración del contrato, y **(3)** los efectos del impedimento no podrían razonablemente haber sido evitados o superados por la parte afectada.¹⁸

D. Posibles ejemplos

Uno de los ejemplos clásicos de fuerza mayor es la destrucción de mercaderías objeto del contrato por un desastre natural. Para determinar si este es un caso de fuerza mayor, es necesario esclarecer que todos los requisitos legales y/o contractuales se cumplieron. La pandemia global COVID-19 y las correspondientes medidas gubernamentales alrededor del mundo han dado pie a eventos que podrían considerarse como fuerza mayor.¹⁹ Dentro de estos, cobran especial interés las medidas gubernamentales que resultan en una imposibilidad de índole legal para el deudor. Por ejemplo, un vendedor no puede ensamblar los bienes que debe entregar, puesto que una orden sanitaria le prohíbe operar su planta/fábrica. Este evento sobreviniente en el caso concreto se podría considerar como fuerza mayor, liberando al vendedor de responsabilidad. No obstante, al igual que con cualquier caso, habría que considerar la previsibilidad de la orden sanitaria al momento de suscribir el contrato, la temporalidad del evento y los demás requisitos legales y/o contractuales. Por otro lado, los contratos con cláusulas sobre fuerza mayor que expresamente se refieran a pandemias o epidemias, podrían verse suspendidos temporalmente o resueltos, según la redacción particular que tengan. En algunos casos, la propagación de estas situaciones ha dado pie a

¹⁷ ICC, “Cláusulas Fuerza Mayor y Hardship 2020”, Cláusula de Fuerza Mayor Forma Extensa

¹⁸ ICC, “Cláusulas Fuerza Mayor y Hardship 2020”, Cláusula de Fuerza Mayor Forma Extensa, Apartado 1

¹⁹ Tribunal Ordinario de Roma, Sección Quinta Civil (Italia), Caso no. 27/08/2020; Behn y Peter Berger, “*Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study*”, 130 (“In such extraordinary times, the doctrines of force majeure and hardship assume the role of regular, rather than exceptional legal remedies, allowing to distribute evenly between the players in the global economy the risks emanating from the unprecedented COVID-19 pandemic”)

nueva legislación. En el caso de Francia, la Ordenanza no. 2020-319 aprobada a raíz del COVID-19, establece que la pandemia es un evento de fuerza mayor para efecto de los contratos administrativos con el Estado.²⁰

II. EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE

La presente sección introduce la doctrina de excesiva onerosidad sobreviniente, a través de los siguientes temas: **(A)** Concepto básico, **(B)** Posibles ejemplos, **(C)** Debate axiológico y codificación, **(D)** Consecuencias jurídicas, **(E)** Redacción de cláusulas, y **(F)** El caso de Costa Rica.

A. Concepto básico

Tal como se mencionó, fuerza mayor no es la única defensa oponible a la regla general de *pacta sunt servanda*. Se pueden mencionar otros eventos sobrevinientes, tales como excesiva onerosidad sobreviniente, también llamada *hardship* o imprevisión. La excesiva onerosidad se puede definir como un cambio de circunstancias sobrevenido que resulta en una alteración fundamental o radical del equilibrio contractual.²¹ A nivel internacional, se plantea que este cambio de circunstancias se puede dar porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido.²² Aunque los requisitos para buscar protección bajo la doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente pueden diferir según cada ley, algunos requisitos generalmente aplicables son los siguientes: **(1)** los eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte afectada después de la celebración del contrato, **(2)** los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte afectada al momento de celebrarse el contrato, **(3)** los eventos están fuera del control de la parte afectada, y **(4)** el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte afectada.²³ Algunos autores consideran que la línea dividiendo los conceptos de fuerza mayor y excesiva onerosidad se ha desdibujado en años recientes.²⁴ De

²⁰ Artículo 6

²¹ Artículo 6.2.2 Principios UNIDROIT

²² Artículo 6.2.2, Principios UNIDROIT; CISG Advisory Council, “Opinion No. 20, Hardship under the CISG”, 18

²³ Artículo 6.2.2 Principios UNIDROIT; ICC, “Cláusulas Fuerza Mayor y Hardship 2020”

²⁴ Schwenger, “Force majeure and hardship in international sales contracts”, 725

acuerdo con este planteamiento, el auge del comercio internacional ha abierto posibilidades para que los vendedores obtengan mercaderías sustitutas en caso de destrucción de la cosa, u otros ejemplos tradicionales de fuerza mayor. Esto asegura que los vendedores puedan cumplir con su obligación en la mayoría de los casos (salvo que se trate de bienes específicos y no genéricos), aunque a un costo más alto.

B. Posibles ejemplos

Se indican a continuación algunos casos que históricamente podrían considerarse como ejemplos de *hardship*. Primero: nuevas regulaciones gubernamentales de sanidad o seguridad generan que el costo de producción de los bienes objeto del contrato resulte mucho más alto.²⁵ Segundo: un alza imprevisible y sin precedentes en el precio de materia prima requerida para producir las mercaderías objeto del contrato destruyen los márgenes de utilidad del vendedor.²⁶

La pandemia global COVID-19 ha generado nuevos supuestos fácticos donde también podría aplicarse esta teoría.²⁷ Por ejemplo, el operador de un restaurante no puede revender las botellas de licor que ordenó a su proveedor debido al cierre forzoso de su establecimiento por seis meses. En este caso, el valor de la prestación que el operador recibe por parte de su proveedor ha disminuido considerablemente, alterando el equilibrio económico del contrato. Por otro lado, la interrupción de cadenas de suministro internacionales por controles sanitarios en las fronteras, ha generado que fabricantes se vean forzados a comprar insumos locales a precios mucho más altos para cumplir los contratos con sus clientes. Finalmente, la escasez de productos médicos tales como ventiladores mecánicos o respiradores ha generado un alza en sus precios, para detrimento de hospitales, centros médicos y otros compradores.²⁸

²⁵ Párrafo 2A, Comentario al Artículo 6.2.2, Principios UNIDROIT

²⁶ Corte Suprema (Bélgica), *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*

²⁷ Tribunal Ordinario de Roma, Sección Quinta Civil (Italia), Caso no. 27/08/2020; Behn y Peter Berger, “*Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study*”, 130 (“In such extraordinary times, the doctrines of force majeure and hardship assume the role of regular, rather than exceptional legal remedies, allowing to distribute evenly between the players in the global economy the risks emanating from the unprecedented COVID-19 pandemic”)

²⁸ Buncombe, “Coronavirus: Cost of ventilators soars”

C. Debate axiológico y codificación

La noción de que un cambio de circunstancias puede flexibilizar o exceptuar el cumplimiento estricto del *pacta sunt servanda* no es para nada nueva. En el derecho romano se acuñó el concepto de *rebus sic stantibus*, el cual literalmente significa “estando así las cosas” y debe entenderse en conjunto con *pacta sunt servanda*.²⁹ Según esta construcción, las promesas deben cumplirse mientras las cosas se mantengan en su estado original. Es decir, desde esta perspectiva, un cambio de circunstancias podría romper con la obligatoriedad estricta de los contratos. Mientras que *pacta sunt servanda* se fundamenta en seguridad jurídica y autonomía de la voluntad, su rival *rebus sic stantibus* se fundamenta en nociones de equidad, buena fe y justicia.³⁰ La teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente viene a calzar como una manifestación del *rebus sic stantibus* en la actualidad.

A pesar de la larga tradición de estas nociones, la codificación de la excesiva onerosidad sobreviniente en leyes y estatutos actualmente no es universal. La crítica hacia la excepción de *hardship* es que socava la seguridad jurídica y el *pacta sunt servanda*, los cuales son fundamentales para el derecho de los contratos. Sin embargo, el estándar internacional a nivel de legislaciones extranjeras y reformas legales es aceptar la teoría de la excesiva onerosidad bajo alguna de sus denominaciones.³¹ Así lo evidencia el caso de Francia, que en 2016 reformó su Código Civil para incorporar la teoría de la imprevisión, rompiendo con una larga tradición de apego estricto al *pacta sunt servanda* en cuanto a contratos privados.³² Argentina hizo lo propio con la aprobación del Código Civil y Comercial en 2015.³³ En Alemania, una reforma al Código Civil en 2001 codificó la teoría de la desaparición de la base del negocio

²⁹ Behn y Peter Berger, “*Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study*”, 85-87

³⁰ Chung, “A Comparative Analysis of the Frustration Rule: Possibility of Reconciliation Between Hong Kong-English ‘Hands-off Approach’ and German ‘Interventionist Mechanism’”, 141; Perillo, “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 9; Corte Suprema (Bélgica), *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*

³¹ Perillo, “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 27; Artículo 451, Código Civil de Rusia; Artículo 6.204, Código Civil de Lituania; Artículo 6.2.3, Principios UNIDROIT; Artículo 1091, Código Civil y Comercial de Argentina

³² No obstante, la imprevisión se había aceptado años atrás para contratos administrativos; Behn y Peter Berger, “*Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study*”, 117-120

³³ Artículo 1091

(*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), la cual es comparable con la excesiva onerosidad sobreviniente.³⁴ No obstante, esta se aplicaba en la jurisprudencia desde muchos años antes.³⁵ Por otro lado, el Código Civil de Italia de 1942 ya contemplaba la excesiva onerosidad sobreviniente (*eccesivà onerosita sopravvenutta*) para contratos de ejecución continua, periódica o diferida.³⁶

En el derecho anglosajón no se habla estrictamente sobre *hardship* o excesiva onerosidad sobreviniente, pero hay conceptos similares. En Inglaterra y Gales, la jurisprudencia reconoce el concepto de frustración del fin del contrato, el cual se da cuando un cambio radical de circunstancias ajeno a las partes destruye la posibilidad de cumplir con el contrato como originalmente se había pensado.³⁷ La frustración opera cuando, por el cambio de circunstancias, la obligación deviene en algo radicalmente diferente de lo pactado en el contrato, lo cual Lord Radcliffe de la Cámara de los Lores (antigua autoridad judicial máxima), resumió a través de la siguiente expresión: “*Non haec in foedera veni*, no es esto lo que prometí hacer”.³⁸ Algunos autores consideran que los conceptos de frustración y *hardship*, tan dispares a primera vista, en realidad pueden verse como uno mismo, al considerar lo siguiente: “frustrado el fin del contrato, la ejecución de la parte afectada deviene infinitamente onerosa, porque no habrá contraprestación: lo que recibirá a cambio no es en absoluto lo pactado, ni le supone utilidad alguna”.³⁹ En el Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos, un concepto comparable al de *hardship* es el de impracticabilidad del contrato.⁴⁰

³⁴ Sección 313

³⁵ Köhler, “Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung”, 296

³⁶ Artículo 1467

³⁷ García Cacaruel, *La alteración sobrevinida de las circunstancias contractuales*, 65; Rimke, “Force majeure and hardship: Application in international trade practice”, 202; Perillo, “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 9; en la práctica el concepto de frustración del contrato engloba diferentes supuestos, de los cuales, algunos pueden calzar con la definición más estricta de “frustración”, mientras que otros se aproximan más a excesiva onerosidad o incluso a imposibilidad (según algunas sentencias, la imposibilidad también frustra el contrato); no obstante, su aplicación es bastante restringida.

³⁸ Cámara de los Lores (Reino Unido), *Davis Contractors Ltd v. Fareham U.D.C.*

³⁹ García Cacaruel, *La alteración sobrevinida de las circunstancias contractuales*, 64; Perillo, “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 7

⁴⁰ Sección 261; Schwenger, “Force majeure and hardship in international sales contracts”, 711

D. Consecuencias jurídicas

Uno de los temas más complejos en cuanto a la teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente es el de sus consecuencias jurídicas o soluciones. En este contexto, también se utiliza el concepto de “remedios”, el cual es una traducción directa del término *remedies* del derecho anglosajón y el cual se refiere a recursos, acciones legales o soluciones jurídicas. A continuación, se describen y explican las principales soluciones a las que está ligada la teoría de la excesiva onerosidad en diferentes ordenamientos jurídicos y según la doctrina.

La primera solución para un evento de excesiva onerosidad es que las partes voluntariamente renegocien los términos del contrato para reajustar el desequilibrio económico que el cambio de circunstancias generó.⁴¹ Esta es la solución que mejor preserva la autonomía de la voluntad, y les permite a las partes alcanzar un acuerdo que les beneficie mutuamente.⁴² Las partes pueden optar por modificar el precio de las mercaderías, el plazo del contrato, el lugar de entrega, la calidad de las mercaderías u otras condiciones.⁴³

Las leyes contractuales establecen generalmente el derecho de las partes de modificar su contrato por mutuo acuerdo.⁴⁴ En los casos en que las partes reconozcan la conveniencia de entrar a una negociación de este tipo o bien, lo hagan con la intención de preservar una relación de negocios a largo plazo, no hay necesidad de que la ley juegue mayor rol, más allá de preservar la obligatoriedad de su nuevo acuerdo. Se propone que durante el período de renegociación, la parte afectada debe continuar cumpliendo con sus prestaciones.⁴⁵

Por otro lado, es importante mencionar que no parece existir, al menos en el texto expreso de las leyes, un derecho a la renegociación a favor de la parte afectada ni una obligación positiva

⁴¹ CISG Advisory Council, “Opinion No. 20, Hardship under the CISG”, 33; Perillo, “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 21; Muñoz y Schwenger, “Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship”, 13

⁴² Muñoz y Schwenger, “Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship”, 13

⁴³ Brunner, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, 501

⁴⁴ Artículo 29, CISG; Perillo, “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 11

⁴⁵ Perillo, “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 21; Artículo 1195, Código Civil de Francia; Artículo 6.2.3.2, Principios UNIDROIT

de renegociar para su contraparte⁴⁶. Distinto sería si una cláusula contractual estableciera tal obligación. A pesar de lo anterior, a nivel internacional se ha intentado afirmar la existencia de un deber de renegociar —aún en la ausencia de una cláusula contractual que lo establezca— con fundamento en el principio de la buena fe y/o la equidad.⁴⁷ La existencia de este deber generaría algunas complicaciones, puesto que una negociación idealmente se fundamenta en la confianza mutua entre las partes y no es deseable forzar a una empresa a entrar a una negociación.⁴⁸ De existir esta obligación, podría incluso pensarse que un juez podría ordenarle a las partes que se sienten a negociar, lo cual no sería deseable.⁴⁹ En las palabras del profesor alemán Norbert Horn, ninguna sentencia en el mundo podría servir como el punto de partida para una cooperación futura contra la voluntad de una de las partes.⁵⁰

Por otro lado, podría suceder que las partes sí intenten negociar, pero no logren encontrar una forma de ajustar el contrato que sea mutuamente satisfactoria. Por estas razones, la renegociación no puede ser la solución final o única en el caso de un cambio radical de circunstancias. Aquí es donde otras soluciones tienen un papel importante.

La segunda solución para un evento de excesiva onerosidad consiste en la resolución contractual.⁵¹ Este remedio, que también se conoce en algunos sistemas como terminación, cancelación, rescisión o *avoidance*, le pone fin al contrato y libera a ambas partes de responsabilidad.⁵² La resolución es una figura radical que puede tener efectos retroactivos y exigir la restitución de cosa y precio.⁵³ Bajo la teoría de la frustración del contrato en el

⁴⁶ Artículo 1195, Código Civil de Francia; Artículo 6.2.3.1, Principios UNIDROIT

⁴⁷ Corte Suprema (Bélgica), *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*; Perillo, “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 27; Muñoz y Schwenger, “Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship”, 12

⁴⁸ Schwenger, “Force majeure and hardship in international sales contracts”, 723

⁴⁹ Muñoz y Schwenger, “Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship”, 14

⁵⁰ Horn, *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, 183

⁵¹ Artículo 6.2.3.4, Principios UNIDROIT

⁵² Kazimierska, “The Remedy of Avoidance under the Vienna Convention on the International Sale of Goods”, 148-149

⁵³ Magnus, “The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG – General Remarks and Special Cases” 423; Kazimierska, “The Remedy of Avoidance under the Vienna Convention on the International Sale of Goods”, 92

sistema anglosajón, los efectos de la resolución operan desde que ocurrió la frustración, aún si las partes no lo sabían.⁵⁴ Por otro lado, en el Derecho Civil, tradicionalmente es el juez quien debe resolver el contrato a solicitud de la parte afectada por la circunstancia imprevista, y el remedio tiene efectos *ex nunc*.⁵⁵ Finalmente, la solución moderna que contienen la CISG y otros instrumentos, es que la resolución contractual sea efectiva cuando la parte afectada la declare y notifique a su contraparte.⁵⁶

La llamada “regla italiana” consiste en ofrecer únicamente la renegociación y la resolución como posibles remedios para la excesiva onerosidad.⁵⁷ Es así como el artículo 1467 del Código Civil italiano indica que la parte afectada tiene derecho a solicitar judicialmente la resolución del contrato, pero la contraparte puede evitarlo ofreciendo enmendar los términos del contrato de manera justa o equitativa.

La visión italiana podría ser criticada, puesto que la resolución contractual debería ser una solución de último recurso, por ser incapaz de preservar la vida del contrato. Desde esta perspectiva crítica, sorprende que el citado artículo 1467 afirma *en primer lugar* el derecho de la parte afectada de solicitar la resolución contractual al juez.⁵⁸ No obstante, la virtud de la regla italiana consiste en que la existencia del derecho a la resolución que tiene la parte afectada funciona como un incentivo para que la otra parte se disponga a renegociar el

⁵⁴ CISG Advisory Council, “Opinion No. 20, Hardship under the CISG”, 41-42

⁵⁵ CISG Advisory Council, “Opinion No. 20, Hardship under the CISG”, 41

⁵⁶ Artículo 26, CISG; ICC, “Cláusulas Fuerza Mayor y Hardship 2020”, Cláusula de Fuerza Mayor Forma Extensa, Apartado 3; International Trade Center, “ITC Model Contract for the International Commercial Sale of Goods 2010 (Standard)”, Artículo 11

⁵⁷ Brunner, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, 497

⁵⁸ La pandemia COVID-19 podría causar que la regla italiana sea flexibilizada hacia el futuro. A manera de ejemplo, recientemente un tribunal italiano resolvió una solicitud de medida cautelar en una disputa sobre un acuerdo de arrendamiento comercial, donde el comercio no pudo operar normalmente a raíz de las medidas de confinamiento decretadas por el gobierno. En su resolución, el tribunal no aplicó el artículo 1467 del Código Civil, tal como fue invocado por el accionante, sino que aplicó el artículo 1464 del Código sobre imposibilidad parcial de las obligaciones, así ordenando —cautelaramente— la adaptación contractual tendiente a la reducción de la tasa de alquiler (Tribunal Ordinario de Roma, Sección Quinta Civil, Caso no. 27/08/2020)

contrato.⁵⁹ Considerando lo anterior, no es sorpresa que la regla italiana haya sido replicada en otras leyes e instrumentos.⁶⁰

La tercera solución para un evento de excesiva onerosidad consiste en la adaptación contractual por parte del juez o el tribunal arbitral.⁶¹ Esta solución es sin lugar a dudas la más controversial, puesto que rompe con el principio de autonomía de la voluntad, al permitir la intervención de un tercero en cuanto al contenido del contrato.⁶² A pesar de lo anterior, la adaptación por parte de un tercero sí es posible en algunos sistemas legales, aún en ausencia de un acuerdo de partes a tal efecto.⁶³ En contraposición a la regla italiana, estos sistemas le dan acceso a la parte afectada a la resolución contractual y adicionalmente, a la adaptación por parte del tribunal, de ser posible.

De acuerdo con el Comentario a los Principios UNIDROIT, cuando un tribunal adapta un contrato, debe buscar hacer una distribución justa y equitativa de las pérdidas causadas por el cambio de circunstancias entre las partes⁶⁴. No obstante, esta perspectiva por sí sola puede ser engañosa, puesto que el objetivo de la adaptación no es estrictamente restaurar el equilibrio original de las prestaciones, sino lograr que la ejecución del contrato sea al menos tolerable para la parte afectada, tomando en cuenta los riesgos contractuales que asumió.⁶⁵ Por lo tanto, para emplear los criterios de justicia y equidad, se debe considerar sobre todo la distribución de riesgos en el contrato. Asimismo, es importante que el tribunal intente

⁵⁹ Brunner, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, 498

⁶⁰ Artículos 478-479, Código Civil de Brasil; Artículo 581, Código Civil de Bolivia; ICC, “Cláusulas Fuerza Mayor y Hardship 2020”, Cláusula de Onerosidad Excesiva, Apartados 3A y 3C

⁶¹ Artículo 6.2.3.4, Principios UNIDROIT

⁶² Muñoz y Schwenger, “Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship”, 20; Flechtner, “The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on 'Hardship' Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court”, 7

⁶³ Artículo 1195, Código Civil de Francia; Artículo 6.204, Código Civil de Lituania; Artículo 451, Código Civil de Rusia; Artículo 6.2.3, Principios UNIDROIT; Sección 313, Código Civil de Alemania; Artículo 1330, Código Civil de Guatemala; Artículo 868, Código de Comercio de Colombia; Artículo 1091, Código Civil y Comercial de Argentina

⁶⁴ Párrafo 7, Comentario al Artículo 6.2.3, Principios UNIDROIT

⁶⁵ Brunner, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, 499

minimizar su intervención en el contrato, para preservar la autonomía de la voluntad.⁶⁶ Una sugerencia para lograr esto es que se utilice la intención de las partes como principal punto de referencia, intentando determinar qué habrían acordado las partes de haber considerado el cambio de circunstancias al negociar el contrato originalmente.⁶⁷ Se plantea que el proceso de adaptación contractual es mucho más comercial que estrictamente legal.⁶⁸

Aunque parece ser que hay una mayor aceptación hacia la solución de adaptación contractual alrededor del mundo⁶⁹, todavía existen numerosas críticas hacia esta figura. El principal señalamiento de los críticos es que la adaptación por parte de un tercero, le quita de las manos a las partes lo que ellas mismas podrían hacer mejor, erosionando la autonomía de la voluntad.⁷⁰ Asimismo, se señala que esta figura no es aceptable en el sistema de *Common Law*.⁷¹ Por otro lado, en algunos casos puede ser cuestionable que un juez o árbitro sea el adecuado para adaptar contratos que son sumamente complejos por razones técnicas, financieras y/o matemáticas.⁷² Después de todo, si las partes no pudieron encontrar una forma de ajustar el contrato que fuera mutuamente beneficiosa para ellas, cabe cuestionarse por qué un tercero sí sería capaz de hacerlo. En este sentido, puede ser que la adaptación por

⁶⁶ Brunner, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, 500

⁶⁷ Brunner, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, 500

⁶⁸ Peter Berger, “Adaptation of Long-Term Contracts by International Arbitrators in the Face of Severe Economic Disruptions: Three Salient Problems”, 598

⁶⁹ Peter Berger, “Adaptation of Long-Term Contracts by International Arbitrators in the Face of Severe Economic Disruptions: Three Salient Problems”, 592 (“doubts that have been raised in the past, as to a tribunal’s decision-making authority, are largely eliminated today for a number of reasons”)

⁷⁰ Muñoz y Schwenger, “Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship”, 19; Para una visión contraria, que considera a la adaptación como un mecanismo óptimo en tiempos de pandemia, ver Peter Berger, “Adaptation of Long-Term Contracts by International Arbitrators in the Face of Severe Economic Disruptions: Three Salient Problems”

⁷¹ Perillo, “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 26; Chung, “A Comparative Analysis of the Frustration Rule: Possibility of Reconciliation Between Hong Kong-English ‘Hands-off Approach’ and German ‘Interventionist Mechanism’”, 113; Flechtner, “The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on ‘Hardship’ Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court”, 12

⁷² Peter Berger, “Adaptation of Long-Term Contracts by International Arbitrators in the Face of Severe Economic Disruptions: Three Salient Problems”, 598 (“In fact, even commercially experienced arbitrators, who carefully consider the commercial expectations and commercial interests of the parties, may render decisions that make no business sense”)

parte del juez o árbitro no logre resolver el conflicto de forma efectiva. Aquí es donde la adaptación contractual puede terminar por asemejarse más a una orden de ejecución forzosa, donde las partes son obligadas por el tercero a permanecer en un contrato bajo condiciones que ellas no consintieron.⁷³ Volviendo a lo expuesto por el profesor Norbert Horn, se plantea que ninguna sentencia en el mundo puede servir como el punto de partida para una cooperación futura contra la voluntad de una de las partes.⁷⁴ Una forma de refutar estas críticas parte de la visión alemana de la “función social” de las obligaciones contractuales, donde el juez, como tercero imparcial, está en la mejor posición para dotar a cada contrato de contenido justo, atendiendo a los criterios de equidad y buena fe⁷⁵. No obstante, considerando los tiempos de incertidumbre generados por la pandemia COVID-19, la posición más fuerte parece ser que si un contrato se modifica hacia el futuro, el contenido debería depender exclusivamente de las partes y no del juez, que en ningún caso se vería afectado por la materialización de riesgos futuros.⁷⁶

Sin importar la posición que se adopte, este debate permite hacer una distinción importante. Por un lado, existen supuestos en los que la parte afectada solicita a una autoridad judicial/arbitral, la adaptación de un contrato que seguirá ejecutándose posterior a la decisión final por parte de ese tercero. Esto se da especialmente en contratos de largo plazo. Desde mi perspectiva, aquí es donde las críticas a la adaptación encuentran mejor cabida y la cooperación futura bajo un contrato cuyo contenido fue decidido por un juez podría ser incómoda.

⁷³ Muñoz y Schwenger, “Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship”, 21

⁷⁴ Horn, *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, 183

⁷⁵ Behn y Peter Berger, “*Force Majeure* and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study”, 123-124 (“German law is also very adaptation-friendly... This adaptation-friendliness of the German law becomes particularly relevant in the COVID-19 context, because, due to its war-like character, the risks resulting from such a crisis shall not be carried by one party alone”); Chung, “A Comparative Analysis of the Frustration Rule: Possibility of Reconciliation Between Hong Kong-English ‘Hands-off Approach’ and German ‘Interventionist Mechanism’”, 133

⁷⁶ Hernández, “CISG hardship exemption in the time of COVID-19”; Para una visión contraria, que considera a la adaptación como un mecanismo óptimo en tiempos de pandemia, ver Peter Berger, “Adaptation of Long-Term Contracts by International Arbitrators in the Face of Severe Economic Disruptions: Three Salient Problems”

Por otro lado, la parte afectada también podría, en principio, acudir al tribunal y solicitarle que enmiende de forma retroactiva un contrato que fue afectado por un cambio radical de circunstancias, pero que ya fue cumplido.⁷⁷ Antes de llegar a la disputa, la parte afectada pudo haber acudido a un préstamo bancario para cumplir con su parte del trato—incurriendo en un gran riesgo financiero— o bien, pudo haber cumplido con el contrato confiando en las promesas de su contraparte de que el precio se ajustaría posteriormente.⁷⁸ En este segundo tipo de casos, considero que las críticas hacia el remedio de la adaptación son menos persuasivas. Finalmente, si el tribunal decide “adaptar” el contrato, lo más frecuente sería que ordene a la parte beneficiada por el cambio de circunstancias, realizar un pago adicional a favor de la parte afectada. Aquí la adaptación consistiría en un incremento en el precio, aunque también habría otras opciones para lograr reestablecer el equilibrio económico del contrato retroactivamente.

Las críticas perderían valor puesto que luego de cumplir con la orden, las partes no tendrían que continuar cooperando bajo términos que no consintieron, sino que ya el contrato estaría finalizado. Aquí la adaptación, lejos de asemejarse a una orden de ejecución forzosa, se asemejaría más a una orden de pago de una suma de dinero o de daños y perjuicios. Aunque el tribunal esté interviniendo en el contrato, este nivel de intervención ya se puede dar en la mayoría de litigios o arbitrajes que se originan en un contrato. En estos casos se recomienda analizar la conducta de las partes y considerar si era razonable que la parte afectada fundamentara su cumplimiento en prácticas de renegociación establecidas previamente entre las partes o en usos mercantiles de la industria particular.⁷⁹

E. Redacción de cláusulas

La redacción de cláusulas sobre excesiva onerosidad ante esta divergencia de denominaciones, reglas y consecuencias legales, también se ha convertido en una práctica

⁷⁷ Muñoz y Schwenger, “Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship”, 21; incluso podría ser que el cambio de circunstancias haya afectado el contrato temporalmente, y la parte afectada busque posteriormente una compensación justa posteriormente

⁷⁸ Muñoz y Schwenger, “Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship”, 21

⁷⁹ CISG Advisory Council, “Opinion No. 20, Hardship under the CISG”, 40

obligatoria en el comercio internacional.⁸⁰ Como referencia, la ICC publica cláusulas modelo sobre excesiva onerosidad para que las empresas y sus asesores legales puedan utilizar como un punto de partida y adaptar a sus necesidades particulares cuando negocian un nuevo contrato. La cláusula modelo sobre excesiva onerosidad 2003 de la ICC, fue durante muchos años un referente en el comercio internacional.⁸¹ La cláusula seguía la “regla italiana”, optando por los remedios de renegociación y resolución contractual (aunque bajo la cláusula, la renegociación sí era una obligación para las partes).⁸² No obstante, la ICC modificó la redacción de esta cláusula modelo en 2020 a raíz de la pandemia global COVID-19.⁸³ Precisamente, la modificación de la cláusula consistió en ampliar la posibilidad de remedios disponibles para la parte afectada. A continuación, se transcriben los primeros dos apartados de la cláusula modelo 2020:

1. Las partes de un contrato deben cumplir sus obligaciones contractuales, aun cuando las circunstancias hayan convertido su cumplimiento en más gravoso de lo que razonablemente podrían haber previsto al tiempo de la celebración del contrato.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1 de esta Cláusula, cuando una parte del contrato pruebe que:

a) continuar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales ha devenido excesivamente gravoso debido a un hecho fuera de su control razonable, que no era razonablemente previsible que se hubiera tenido en cuenta al tiempo de la celebración del contrato; y que

⁸⁰ Rimke, “Force majeure and hardship: Application in international trade practice”, 199; Perillo, “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 11; Perales Viscasillas, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)*; Párrafo 2, Comentario al Artículo 6.2.1, Principios UNIDROIT

⁸¹ Brunner, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, 491

⁸² Brunner, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, 491

⁸³ ICC, “Cláusulas Fuerza Mayor y Hardship 2020”, Cláusula de Onerosidad Excesiva

b) razonablemente no podría haber evitado o superado el hecho en cuestión o sus consecuencias, las partes estarán obligadas, dentro de un plazo razonable desde que esta Cláusula sea invocada, a negociar condiciones contractuales alternativas que permitan razonablemente superar las consecuencias del hecho.

Estos dos apartados se mantuvieron incólumes con respecto a la redacción de 2003. El tercer apartado, el cual fue el único que sufrió cambios, existe para los casos en los que las partes no logran llegar a un acuerdo durante la renegociación. En su redacción de 2003, este apartado únicamente establecía el derecho a la resolución a favor de la parte afectada (como se dijo, siguiendo la regla italiana). Ahora, el tercer apartado consiste de tres opciones (A, B y C), de las cuales, las partes deben seleccionar una sola al redactar su contrato. La opción A únicamente permite que la parte afectada declare la resolución contractual. La opción B permite la resolución por parte del juez o árbitro y la adaptación por parte del juez o árbitro. Finalmente, la opción C permite únicamente que el juez o árbitro declare la resolución. Este mayor margen de decisión que otorga la nueva cláusula modelo a las partes, refleja las nuevas tendencias internacionales en cuanto a las soluciones para la excesiva onerosidad. Adicionalmente, refleja una mayor aceptación hacia la figura de la adaptación por parte de un tercero, a la vez que comprende sus críticas y permite a las partes excluir este remedio de antemano.

Además de las cláusulas modelo de la ICC, también es importante destacar que en el ámbito del comercio internacional, los contratos modelo para PyMEs del *International Trade Center* (en adelante, “ITC” por sus siglas en inglés) para compraventa internacional, agencia internacional y distribución internacional de mercaderías, entre otros, incluyen en su edición 2010, cláusulas sobre excesiva onerosidad.⁸⁴

⁸⁴ International Trade Center, “ITC Model Contract for an International Commercial Agency 2010; International Trade Center, “ITC Model Contract for the International Commercial Sale of Goods 2010”; International Trade Center, “ITC Model Contract for the International Distribution of Goods 2010”

En otros contratos, también son bastante comunes las cláusulas que consideran la posibilidad de un cambio de circunstancias radical o de un ajuste de precios. Por ejemplo, los contratos de suministro de gas natural, que son de largo plazo, normalmente contienen cláusulas facultando al tribunal arbitral para revisar y modificar la fórmula de precios ante cambios en las condiciones del mercado.⁸⁵ En el contexto de transacciones corporativas de fusiones y adquisiciones, la práctica establecida es designar a un tercero independiente para que determine el precio final de la empresa y/o los activos a ser adquiridos por el comprador, en el caso que haya un desacuerdo sobre la valoración entre las partes.⁸⁶

F. El caso de Costa Rica

En el caso de Costa Rica, no existe disposición alguna en el derecho de los contratos civiles y comerciales que expresamente adopte el concepto de excesiva onerosidad sobreviniente, imprevisión o incluso, el concepto más general de *rebus sic stantibus*. La situación es distinta en el ámbito de la contratación administrativa, en el que sí hay normas que expresamente reconocen la aplicabilidad de estas doctrinas.⁸⁷ A pesar de lo anterior, sí han existido sentencias aisladas donde tribunales costarricenses han aplicado la teoría de la excesiva onerosidad para contratos privados⁸⁸ o bien, se han referido a ella.⁸⁹ Por ejemplo, el Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, aplicó la teoría de la excesiva onerosidad, valiéndose del concepto de equidad que se menciona en el artículo 1023(1) del Código Civil.⁹⁰ Como referencia, esta norma establece lo siguiente: “Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta”. Por otro lado, el Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, resolvió que la teoría de la frustración del fin del contrato es adaptable al

⁸⁵ Anway y von Mehren, “The Evolution of Natural Gas Price Review Arbitrations”, 175

⁸⁶ Peter y Greineder, “Conflicts between Expert Determination Clauses and Arbitration Clauses”, 33; vale aclarar que en este caso no se trata tanto de un cambio de circunstancias, sino de una diferencia de perspectivas en la valoración entre el comprador y el vendedor, la cual viene a ser resuelta por el tercero independiente que determina el precio final

⁸⁷ Artículo 18, Ley de Contratación Administrativa; Artículo 17, Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos

⁸⁸ Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda (Costa Rica), Caso no. 509-1994

⁸⁹ Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda (Costa Rica), Caso no. 274-1996; Tribunal Superior de Puntarenas. 6 de diciembre de 1990. Caso no. 924-1990

⁹⁰ Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda (Costa Rica), Caso no. 509-1994

derecho costarricense, amparándose no solo en razones equidad, sino también en la prohibición de enriquecimiento injusto.⁹¹ Finalmente, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia rechazó aplicar la excesiva onerosidad sobreviniente en una sentencia de 2005, con un único voto salvado.⁹²

A nivel académico, el profesor Víctor Pérez Vargas defiende la aplicación de las teorías expuestas en Costa Rica.⁹³ El profesor expone, entre otros, un argumento bastante interesante a partir del artículo 1189 del Código Civil, el cual establece lo siguiente:

El arquitecto o empresario que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio, en vista de un plano convenido con el propietario, no puede pedir aumento de precio, aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales, y aunque se haya hecho algún cambio o aumento en el plano, si no ha sido autorizado por escrito y por un precio convenido con el propietario

El argumento consiste en destacar que esta disposición es excepcional en el Código Civil (es decir, que es *ius singulare* para este tipo de contrato), lo cual permitiría afirmar “que en los demás contratos donde no existe esta prohibición sí está permitido el reajuste”.⁹⁴ Algunas tesis de graduación han explorado la aplicabilidad del concepto de *rebus sic stantibus* y excesiva onerosidad bajo el derecho costarricense.⁹⁵

A pesar de todo lo anterior, no parece ser que la teoría de excesiva onerosidad sea ampliamente aceptada para contratos privados en Costa Rica, a no ser que haya una cláusula contractual regulándola expresamente. Desde mi perspectiva, utilizar el artículo 1189 del

⁹¹ Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda (Costa Rica), Caso no. 301-2003

⁹² Sala Primera, Corte Suprema (Costa Rica), Caso no. 788-F-2005

⁹³ Pérez Vargas, “La excesiva onerosidad sobreviniente, desde la perspectiva del Derecho Comparado”, 308 (“Estas referencias al Derecho Privado latinoamericano demuestran que el principio de fondo es parte de nuestro sistema”)

⁹⁴ Pérez Vargas, “La excesiva onerosidad sobreviniente, desde la perspectiva del Derecho Comparado”, 308

⁹⁵ Ver Zaglul Fiat, “La aplicación de la teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente en los contratos de suministro”

Código Civil como el fundamento para afirmar la procedencia de esta teoría en el derecho costarricense no sería ideal, puesto que no quedaría para nada claro cuáles son las soluciones al alcance de la parte afectada ni el umbral requerido para probar la existencia de un cambio de circunstancias radical. Ocurriría el mismo problema si se utilizan los conceptos indeterminados de equidad, buena fe, prohibición de abuso del derecho y/o enriquecimiento injusto como fundamento legal. Es cierto que el derecho costarricense debería responder a los estándares internacionales que dictan la necesidad de otorgar protección a una parte afectada por un cambio de circunstancias radical. No obstante, si se acepta esta teoría únicamente vía interpretación judicial, podrían generarse serios problemas de seguridad jurídica ante la ausencia de una regulación robusta y adecuada al respecto.

III. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO PRIMERO

Al explicar las doctrinas jurídicas de fuerza mayor y excesiva onerosidad, se encuentran diferencias, pero también algunas similitudes, ya que ambas corresponden a eventos sobrevinientes. El tratamiento más adecuado para estos eventos es su regulación detallada a través de cláusulas contractuales, especialmente en el comercio internacional. Lo anterior cobra relevancia al considerar que cada sistema legal tiene sus propias doctrinas, definiciones y en particular, diferentes soluciones para eventos de fuerza mayor o excesiva onerosidad. No obstante, para aquellos casos donde las partes no se hayan protegido a través de cláusulas contractuales, las leyes juegan un rol importante como normas supletorias.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA CISG ANTE LA EXCESIVA ONEROSIDAD

Después de introducir las doctrinas jurídicas de fuerza mayor y excesiva onerosidad, el presente capítulo busca analizar la aplicabilidad de situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente a la ley escogida para esta investigación (la CISG). Por lo tanto, el capítulo tratará los siguientes temas: **(I)** La CISG, **(II)** El artículo 79 CISG, **(III)** La excesiva onerosidad sobreviniente como “impedimento” bajo el artículo 79 CISG, y **(IV)** Conclusiones.

I. LA CISG

Es esencial en primer lugar entender a la CISG como la ley aplicable para esta investigación. Por sus particularidades como una convención internacional con vocación de ser un instrumento de derecho uniforme, esta no es una tarea sencilla. Por lo tanto, esta sección cubre los siguientes temas: **(A)** Historia, ámbito de aplicación y principales contenidos de la CISG, **(B)** Interpretación de la CISG, **(C)** Integración de la CISG, y **(D)** Costa Rica y la CISG.

A. Historia, ámbito de aplicación y principales contenidos de la CISG

La CISG es un tratado internacional conforme al derecho internacional público. Ha sido suscrito por 93 Estados Contratantes, incluyendo a los principales actores del comercio internacional, con las excepciones de India, Sudáfrica y el Reino Unido.⁹⁶ Este instrumento se firmó originalmente en 1980 y entró en vigencia en 1988.⁹⁷ La Convención está diseñada para regir los contratos de compraventa internacional de mercaderías, principalmente entre empresas que tienen su establecimiento en diferentes Estados Contratantes de la Convención.⁹⁸

La CISG es uno de los instrumentos de derecho mercantil uniforme más exitosos a nivel mundial. Se considera como parte de la nueva *lex mercatoria*, impulsada por organizaciones tales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Uniforme (en

⁹⁶ UNCITRAL, “Status: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG)”

⁹⁷ Flechtner, “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale Of Goods”, 1

⁹⁸ Artículo 1; no obstante, también hay otros supuestos bajo los cuales puede aplicar la CISG

adelante, “UNCITRAL” por sus siglas en inglés), el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (en adelante, “UNIDROIT” por su nombre en francés), la ICC y la Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado.⁹⁹ La CISG en particular fue impulsada por la UNCITRAL, después del éxito mucho más moderado de su antecesora, la Convención de La Haya referente a la Ley Uniforme de Compraventa Internacional de Mercancías (en adelante, “ULIS” por sus siglas en inglés), la cual había sido obra de UNIDROIT.¹⁰⁰

La necesidad y utilidad del derecho mercantil uniforme es evidente. La existencia de diferentes regulaciones y sistemas legales alrededor del mundo representa uno de los muchos costos de transacción que enfrentan las empresas que participan en el comercio transfronterizo de bienes.¹⁰¹ A la hora de negociar un contrato internacional, un aspecto que tradicionalmente se negocia es el de cuáles leyes rigen el contrato. Entender las consecuencias de la posible aplicación de una ley extranjera representa gastos para las empresas, que en algunos casos ya están entrando a un negocio con márgenes de utilidad ajustados.¹⁰² Además, este punto puede eventualmente volver a debatirse durante un litigio o arbitraje, resultando en aún más gastos. Por lo tanto, es razonable concluir que la adopción de reglas de derecho uniforme para el comercio internacional elimina barreras legales en este ámbito de los negocios.¹⁰³ El derecho uniforme brinda certeza y predictibilidad, aún en el comercio internacional, que por su naturaleza es incierto y está plagado de riesgos. Finalmente, evita que las partes tengan que negociar cuál derecho aplicar y les facilita llegar a uno que les sea común a ambas.¹⁰⁴

⁹⁹ Felemegas, “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation”; Schlechtriem y Butler, *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*, 7

¹⁰⁰ Bergsten, “Thirty-Five Years of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Expectations and Deliveries”, 8; Para una exposición más detallada sobre la historia de la CISG, ver Méndez Zamora, “Aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías para la resolución de controversias relacionadas con Contratos de Venta Internacional de Software”, 8-14

¹⁰¹ Loh, “Perspectives on Harmonizing Transnational Commercial Law”, 13

¹⁰² Butler, Petra. “The CISG - the tool for the successful participation of businesses in global trade”

¹⁰³ Preámbulo, CISG

¹⁰⁴ París Cruz, “La importancia de la interpretación uniforme de la CISG”, 78

Si lo anterior es cierto para cualquier tipo de empresas, lo es con mayor razón para las PyMEs, las cuales representan una mayoría en Costa Rica. El derecho mercantil uniforme en general, y la CISG en particular, han sido considerados como una herramienta clave para el desarrollo y la participación de las PyMEs en el comercio internacional.¹⁰⁵ Estas empresas normalmente cuentan con presupuestos limitados para invertir en asesoría legal.¹⁰⁶ Por lo tanto, enfrentan algunas dificultades para entrar a un contrato internacional, las cuales se ilustran perfectamente a través de los siguientes testimonios de empresarios de diferentes partes del mundo:

Si alguien nos llama para hacer negocios, yo supondría que la ley en la que trabajemos aplica. Si alguien me llama de Estados Unidos y quiere comprar algo de nosotros, yo asumo que nuestra ley aplica si ellos vinieron a nosotros. Si nosotros los llamamos a ellos, la ley de Estados Unidos podría aplicar. El riesgo obvio de las transacciones internacionales es que si llega a haber un desacuerdo, básicamente no tenemos fundamento legal. Estoy seguro de que sí lo tenemos, pero no sé cuál es y solo pensar al respecto me genera un dolor de cabeza...

Mis términos y condiciones dicen... que solo aplica la jurisdicción de Nueva Zelanda. Pero ¿qué significa esto? Tal vez en otro país hay una regla que ninguna jurisdicción extranjera puede aplicar a sus compañías.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Butler, Petra. “The CISG - the tool for the successful participation of businesses in global trade”

¹⁰⁶ Butler, Petra. “The CISG - the tool for the successful participation of businesses in global trade”

¹⁰⁷ Cita original: “If someone comes to us to do business, then I guess my gut feeling would be that whatever law we work in always applies. So if somebody rings me from the US and wants to buy something from me then I assume that they came to us so our law must apply. The moment we call them instead, then US law might apply. The obvious [risk of international transactions] is that if we have a disagreement we have basically no legal standing, I am sure we do but I don’t even know what it is and it hurts my head to think about it... My terms and conditions say...that only New Zealand jurisdiction applies. But what does that mean you know? I mean maybe in the other country there is a rule that no foreign jurisdiction will ever apply to their companies” en Butler, Petra. “The CISG - the tool for the successful participation of businesses in global trade”

Considerando lo anterior, la CISG podría convertirse en una clave para facilitar la contratación internacional para las PyMEs en Costa Rica y todo el mundo. Otras herramientas, tales como la difusión de contratos modelo, también son capaces de generar uniformidad y predictibilidad para los empresarios.¹⁰⁸

En cuanto al contenido, la CISG busca regular los siguientes aspectos sustantivos de los contratos de compraventa internacional de mercaderías: la formación e interpretación del contrato, la aplicabilidad de usos mercantiles, los derechos y obligaciones a cargo del comprador y el vendedor, las causas de exoneración por incumplimiento y las acciones disponibles para las partes en caso de incumplimiento. Estas acciones incluyen el derecho a daños y perjuicios, la resolución contractual y la ejecución forzosa.

B. Interpretación de la CISG

La interpretación de la propia CISG, por su naturaleza como un instrumento de derecho uniforme, es un aspecto crucial para la consecución de sus fines. Todo el punto de tener una ley globalmente uniforme se vería socavado si su interpretación variara de foro en foro.¹⁰⁹ En las palabras del profesor australiano John Felemegas, el área donde la batalla por la unificación internacional realmente se decide, es la de la interpretación de las normas de la CISG.¹¹⁰ Al respecto, el artículo 7(1) de la CISG establece lo siguiente:

En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su

¹⁰⁸ International Trade Center, “ITC Model Contract for the International Commercial Sale of Goods 2010 (Standard)”

¹⁰⁹ Flechtner, “The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on 'Hardship' Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court”, 10; Felemegas, “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation”

¹¹⁰ Felemegas, “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation”; Flechtner, “The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on 'Hardship' Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court”, 10; París Cruz, “La importancia de la interpretación uniforme de la CISG”, 83

aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

Según lo anterior, hay tres elementos por tomar en cuenta al momento de interpretar la CISG: **(1)** su carácter internacional, **(2)** la necesidad de promover su aplicación uniforme, y **(3)** la necesidad de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. Estos tres elementos son guías o criterios, y no métodos de interpretación en sí mismos.¹¹¹ Sin embargo, estos tres criterios dados por la Convención no excluyen —sino que complementan— la aplicación de los métodos de interpretación de tratados dictados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en sus artículos 31 y 32.¹¹² Según el artículo 31, los tratados deben de interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Asimismo, el artículo 32 permite consultar, entre otros elementos, los trabajos preparatorios de un tratado como un medio de interpretación complementario. La historia legislativa de la CISG se ha convertido en un elemento central para su interpretación en la práctica.¹¹³ Durante esta investigación se utilizan estos métodos y criterios de interpretación. Los tres criterios que menciona el artículo 7(1) de la CISG se desarrollan a continuación: **(1)** Carácter internacional de la CISG, **(2)** Necesidad de promover la aplicación uniforme de la CISG, y **(3)** Necesidad de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

1. Carácter internacional de la CISG

El criterio de carácter internacional obedece a la terminología única y original que se adoptó en la redacción de la Convención.¹¹⁴ Al hacer esto, los Estados Contratantes buscaban —dentro de lo posible— distanciarse de redacciones basadas en algún derecho doméstico y

¹¹¹ Schwenger, “Interpretation and Gap-Filling under the CISG”, 110

¹¹² Petsche, “Hardship under the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)”, 155

¹¹³ Komarov, “Internationality, Uniformity and Observance of Good Faith as Criteria in interpretation of CISG: some remarks on article 7(1)”, 78; Schwenger, “Interpretation and Gap-Filling under the CISG”, 113

¹¹⁴ Komarov, “Internationality, Uniformity and Observance of Good Faith as Criteria in interpretation of CISG: some remarks on article 7(1)”, 77; Schwenger, “Interpretation and Gap-Filling under the CISG”, 110

en su lugar, crear conceptos nuevos para la CISG.¹¹⁵ El mandato de tomar en cuenta el carácter internacional de la CISG, por ende, busca evitar que quienes la apliquen, realicen una interpretación aludiendo a su propio derecho doméstico.¹¹⁶ En el pasado, jueces alrededor de todo el mundo han incurrido en este error, generando críticas y dando pie al concepto del *homeward trend* o la “tendencia hacia lo interno”.¹¹⁷ Por ejemplo, en Estados Unidos han interpretado la CISG con base en el Código Comercial Uniforme, el cual es ley doméstica en la mayoría de Estados de este país.¹¹⁸ El equivalente en Costa Rica sería que un juez interpretara la Convención utilizando conceptos del Código de Comercio o del Código Civil, lo cual se debería evitar.

2. Necesidad de promover la aplicación uniforme de la CISG

El criterio de aplicación uniforme, por otro lado, busca lograr la uniformidad y certeza, no solo en el texto de la Convención, sino también en su aplicación.¹¹⁹ Esto significa que por el bien de la CISG y los beneficios que el derecho uniforme generan para los comerciantes, los jueces y árbitros que apliquen la Convención deben consultar la jurisprudencia judicial y arbitral extranjera e internacional.¹²⁰ Esta es la única forma de asegurar que haya uniformidad entre la interpretación que ellos pretenden adoptar y la que autoridades previas han adoptado.

¹¹⁵ Méndez Zamora, “Aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías para la resolución de controversias relacionadas con Contratos de Venta Internacional de Software”, 13; Rimke, “Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 197; Komarov, “Internationality, Uniformity and Observance of Good Faith as Criteria in interpretation of CISG: some remarks on article 7(1)”, 77

¹¹⁶ Flechtner, “The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on 'Hardship' Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court”, 13

¹¹⁷ Flechtner, “The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on 'Hardship' Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court”, 13

¹¹⁸ Corte Federal del Distrito Norte de Illinois, División Este, *Raw Materials Inc. v. Manfred Forberich GmbH & Co. KG*

¹¹⁹ Petsche, “Hardship under the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)”, 156

¹²⁰ Komarov, “Internationality, Uniformity and Observance of Good Faith as Criteria in interpretation of CISG: some remarks on article 7(1)”, 80 (“Resorting to foreign case law on the CISG represents an interesting aspect of solving the problem of identifying the sources, which could provide the courts the opportunity to keep the application of the Convention in uniformity with the corresponding practice in other legal systems... The Convention’s requirement of regard for “uniformity in its application” calls for tribunals to consider interpretations of the Convention established in other countries”); París Cruz, “La importancia de la interpretación uniforme de la CISG”, 83 (“Es generalmente aceptado que la jurisprudencia tiene un carácter persuasivo aunque no vinculante para los Tribunales”)

En la práctica, muchas decisiones judiciales han utilizado jurisprudencia extranjera como precedente o una referencia relevante.¹²¹ Solo en el caso que las interpretaciones adoptadas hasta el momento sean incorrectas, por no ser conformes con el propio texto de la CISG o por estar influenciadas por algún derecho doméstico en particular, se recomienda que los jueces y árbitros adopten interpretaciones divergentes.¹²² Una vez más, una de las principales claves para el éxito de la CISG es su aplicación uniforme alrededor del mundo. Es evidente que el carácter internacional y la aplicación uniforme de la Convención van de la mano. Justamente, la “tendencia hacia lo interno” es tan peligrosa, porque si cada juez utilizara su derecho doméstico, resultaría imposible alcanzar la uniformidad en la aplicación de la CISG.

Aquí cabe mencionar la existencia de algunas plataformas e instituciones que buscan contribuir con la uniformidad en la aplicación de la CISG. Por parte de la UNCITRAL misma, existe el sistema de jurisprudencia en línea CLOUT, el cual recopila sentencias y laudos arbitrales sobre la CISG de todo el mundo.¹²³ Asimismo, UNCITRAL publica el llamado Digesto de la CISG, a través del cual compila y agrupa jurisprudencia seleccionada para cada artículo de la CISG.¹²⁴ Las bases de datos Unilex¹²⁵ y Pace-CISG (de la Universidad de Pace en Nueva York) cumplen funciones similares.¹²⁶ A pesar de lo anterior, la inexistencia de una corte de apelaciones o autoridad administrativa ligada a la UNCITRAL que se pueda pronunciar sobre y/o corregir las interpretaciones alcanzadas por tribunales alrededor del mundo, ha sido señalada como un punto débil de la CISG.¹²⁷ Ante esta situación, se funda el Consejo Asesor de la CISG en 2001, como una asociación privada con sede en Londres y ajena a UNCITRAL.¹²⁸ Esta asociación publica opiniones académicas

¹²¹ Corte Federal del Distrito de Luisiana, División Este (Estados Unidos), *Medical Marketing v. Internazionale Medico Scientifica*; Komarov, “Internationality, Uniformity and Observance of Good Faith as Criteria in interpretation of CISG: some remarks on article 7(1)”, 81

¹²² Flechtner, “The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on 'Hardship' Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court”, 13; París Cruz, “La importancia de la interpretación uniforme de la CISG”, 84

¹²³ Komarov, “Internationality, Uniformity and Observance of Good Faith as Criteria in interpretation of CISG: some remarks on article 7(1)”, 79-80

¹²⁴ Schwenger, “Interpretation and Gap-Filling under the CISG”, 111

¹²⁵ <http://www.unilex.info/>

¹²⁶ <https://www.cisg.law.pace.edu/>

¹²⁷ Schwenger, “Interpretation and Gap-Filling under the CISG”, 111

¹²⁸ Schwenger, “Interpretation and Gap-Filling under the CISG”, 111

sobre la aplicación e interpretación de la CISG, las cuales se consideran como una autoridad persuasiva alrededor del mundo.¹²⁹

Finalmente, me refiero a otro tema pertinente a la interpretación de la Convención que merece especial atención. Utilizando los criterios de carácter internacional y aplicación uniforme, la profesora Ingeborg Schwenzer —una de las mayores referentes sobre la CISG a nivel mundial— ha argumentado a favor de adoptar interpretaciones extensivas de la CISG, que le permitan a las normas de la Convención ajustarse a las nuevas tendencias en el derecho de los contratos y el comercio internacional.¹³⁰ Esto refleja el principio *in dubio pro* Convención o *pro* Convención expuesto por otros autores.¹³¹ Entre más temas o materias abarque la CISG, mayor será la uniformidad que logre, aún con el pasar del tiempo. Desde mi perspectiva, en el fondo esta interpretación en el nombre de la uniformidad y el carácter internacional se trata de una auténtica interpretación teleológica, puesto que uno de los objetivos indiscutidos de la CISG es lograr la uniformidad en el derecho comercial internacional. Por un lado, la propuesta de la profesora Schwenzer es valiosa y es importante que una convención internacional se pueda mantener en el tiempo (y por esto mismo existe la interpretación

¹²⁹ Schwenzer, “Interpretation and Gap-Filling under the CISG”, 111

¹³⁰ Schwenzer, “Interpretation and Gap-Filling under the CISG”, 118 (“If the CISG is not adjusted to the ever-changing demands of international trade, this role will be assumed by domestic laws, which again undermines uniformity”); Schwenzer, “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”, 710 (“Accordingly, first and foremost, there is no room to resort to domestic concepts of hardship, as there is no gap in the CISG regarding the debtor’s invocation of economic impossibility and the adaptation of the contract to changed circumstances. If one were to hold otherwise, unification of the law of sales would be undermined in a very important area. Domestic concepts such as frustration of purpose, *rebus sic stantibus*, fundamental mistake or *Wegfall der Geschäftsgrundlage* would all have to be considered”); Schwenzer y Hachem, “The Scope of the CISG Provisions on Damages”, 102 (“The second reason why the CISG cannot simply negate the issue of disgorgement of profits and gain-based damages is that, otherwise, courts might resort to concurring domestic remedies in order to solve these currently virulent issues. Thereby, the CISG would be undermined in one of its core areas [uniformity and international character]”)

¹³¹ CISG Advisory Council, “Opinion No. 4, Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG)”; Moreno Rodríguez, *Derecho aplicable y arbitraje internacional*, 246-247; Martínez Cañellas, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980*, 316; también ver Méndez Zamora, “Aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías para la resolución de controversias relacionadas con Contratos de Venta Internacional de Software” (si bien el autor no menciona expresamente el principio *pro* Convención, lo aplica prácticamente, al defender la aplicación de la CISG a ciertos contratos de venta de software)

teleológica). No obstante, a la misma vez, considero que se debe de proceder con mucha cautela ante este tipo de argumentos.¹³² Ante ellos, siempre se corre el riesgo de ir demasiado lejos, al punto de llegar a conclusiones sin fundamento que más bien juegan en contra de la propia uniformidad y la seguridad jurídica que busca toda ley.¹³³ Por lo tanto, se debe evitar caer en la tentación de subsumir cualquier concepto dentro de la CISG en el nombre de la uniformidad y la expansión del derecho mercantil uniforme. En su lugar, se debe procurar tener un fundamento legal apropiado (incluyendo, por ejemplo, la redacción de la norma en cuestión) para adoptar una interpretación expansiva.

3. Necesidad de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional

El último criterio de interpretación dado por el artículo 7(1) de la CISG es la necesidad de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. Este criterio ha sido controversial por su significado ambiguo y por su historia legislativa: durante los trabajos preparatorios de la CISG, los Estados con tradición jurídica *Common Law* no querían incluir la buena fe dentro de la Convención, puesto que esto era algo completamente ajeno a su tradición para contratos transaccionales.¹³⁴ Por otro lado, los Estados con tradición de Derecho Civil querían incluir la buena fe como una obligación positiva a cargo de las partes. El punto medio que se alcanzó fue incluir expresamente la buena fe, pero únicamente como un criterio de interpretación de la CISG, y no de los contratos regidos por la Convención.¹³⁵ Esto es justamente lo que se encuentra en el artículo 7(1) de la CISG. No obstante, el significado preciso de la buena fe ha sido objeto de debate, especialmente si se considera que según una lectura textual del artículo 7(1), el concepto debe tener un rol menor, operando

¹³² González Calderón y Alvarado Andrade, “A Test for Disgorgement under the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)”, 72-73

¹³³ González Calderón y Alvarado Andrade, “A Test for Disgorgement under the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)”, 72-73

¹³⁴ Felemegas, “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation”; París Cruz, “La importancia de la interpretación uniforme de la CISG”, 84

¹³⁵ Felemegas, “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation”; Komarov, “Internationality, Uniformity and Observance of Good Faith as Criteria in interpretation of CISG: some remarks on article 7(1)”, 82-83; irónicamente, el Reino Unido terminó no suscribiendo la CISG a pesar de su papel protagónico en esta discusión

únicamente como un criterio de interpretación de la CISG y no como una herramienta de corrección con respecto a la conducta de las partes.¹³⁶ En la práctica, sin embargo, el concepto de buena fe no ha jugado un rol menor y ha sido aceptado como un principio general de la Convención.¹³⁷ Una de las perspectivas que puede conciliar esta aparente contradicción entre el rol limitado que debía tener el concepto de buena fe a los ojos de sus redactores y el protagonismo que tiene en la práctica es la siguiente: la forma de tomar en cuenta la necesidad de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional es velando porque las interpretaciones de la CISG sean conformes con el principio de buena fe y la promuevan entre las partes. Es decir, bajo esta perspectiva, sí se podría promover la buena fe como una conducta de las partes sin necesariamente ir más allá del texto del artículo 7(1) de la CISG.

C. Integración de la CISG y los Principios UNIDROIT

También es importante hacer referencia al artículo 7(2) de la CISG, el cual se ocupa de la integración de lagunas o silencios dentro de la Convención. Esta norma establece lo siguiente:

Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Tal como se indica, el método primario de integración consiste en suplir las lagunas de la Convención por medio de sus principios generales. La aplicabilidad de la ley doméstica es un recurso de *ultima ratio* y no forma de la presente investigación. Esto es porque, dentro de su ámbito, la CISG se considera una norma autosuficiente y autónoma, cuyos principios

¹³⁶ Komarov, “Internationality, Uniformity and Observance of Good Faith as Criteria in interpretation of CISG: some remarks on article 7(1)”, 82-83; Schwenger, “Interpretation and Gap-Filling under the CISG”, 112; Felemegas, “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation”

¹³⁷ Corte de Apelaciones de Hamburgo (Alemania), Caso no. 1 U 167/95; Comisión para la Protección del Comercio Exterior (México), *Dulces Luisi v. Seoul International*

generales pueden solucionar cualquier vacío.¹³⁸ Algunos de estos principios generales que se han derivado de las normas de la CISG son la razonabilidad, la autonomía de la voluntad, la buena fe, *pacta sunt servanda*, *favor contractus* y el deber de mitigación¹³⁹. Considerando lo anterior, se podría afirmar que la buena fe tiene un rol no solo en la interpretación de la CISG, sino también en su integración, como un principio general.¹⁴⁰ Aunque la diferencia entre interpretar e integrar puede parecer insignificante, hay diferencias importantes. A manera de ejemplo, vale resaltar que la carga de la prueba cuando una parte alega falta de conformidad de las mercaderías no está regulada en la CISG.¹⁴¹ Por lo tanto, si una pregunta sobre quién ostenta la carga de la prueba surgiera en una disputa, no habría nada que interpretar, y solo un ejercicio de integración podría conducir a una solución. Al analizar esta situación en un litigio, una corte italiana determinó que era posible derivar de un artículo de la CISG, el principio general de que *quien alega, tiene el deber de probar* y por lo tanto, aplicar este principio a la pregunta sobre la carga de la prueba sobre mercaderías defectuosas en particular.¹⁴²

También es importante mencionar los Principios UNIDROIT, ya que este instrumento frecuentemente se utiliza en la práctica como un complemento de la CISG. Los Principios UNIDROIT son un texto de *soft law* que establece reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.¹⁴³ A pesar de no ser ley en ningún Estado ni una convención internacional, los Principios UNIDROIT rigen un contrato cuando las partes así lo acuerdan, en virtud de la autonomía de la voluntad.¹⁴⁴ Por otro lado, los Principios resultan aplicables

¹³⁸ Komarov, “Internationality, Uniformity and Observance of Good Faith as Criteria in interpretation of CISG: some remarks on article 7(1)”, 77; Schwenger, “Interpretation and Gap-Filling under the CISG”, 118; París Cruz, “La importancia de la interpretación uniforme de la CISG”, 78

¹³⁹ Kritzer, “General principles of the CISG”; Corte de Apelaciones de Hamburgo (Alemania), Caso no. 1 U 167/95; Comisión para la Protección del Comercio Exterior (México), *Dulces Luisi v. Seoul International*; Corte Suprema (Suiza), Caso no. 4C.179/1998/odi; Magnus, “General Principles of UN-Sales Law”;

¹⁴⁰ Corte de Apelaciones de Hamburgo (Alemania), Caso no. 1 U 167/95; Comisión para la Protección del Comercio Exterior (México), *Dulces Luisi v. Seoul International*

¹⁴¹ Corte del Distrito de Vigevano (Italia), *Rheinland Versicherungen v. Atlarex S.R.L. and Allianz Subalpina S.P.A.*

¹⁴² Corte del Distrito de Vigevano (Italia), *Rheinland Versicherungen v. Atlarex S.R.L. and Allianz Subalpina S.P.A.*

¹⁴³ Preámbulo, Principios UNIDROIT

¹⁴⁴ Preámbulo, Principios UNIDROIT

cuando las partes eligen los “principios generales del derecho” o la *lex mercatoria* como su derecho aplicable.¹⁴⁵ En el arbitraje internacional, los Principios también se han aplicado cuando los tribunales arbitrales estiman que son el derecho más apropiado.¹⁴⁶

Aunque su naturaleza jurídica es distinta, el contenido sustantivo de los Principios UNIDROIT tiene similitudes importantes con la CISG. Debido al éxito de la CISG, este instrumento fue la principal base utilizada en la redacción de los Principios.¹⁴⁷ Asimismo, sus metas de uniformar el derecho comercial internacional están innegablemente alineadas. A raíz de estas similitudes, utilizar los Principios como complemento de la CISG ha sido conveniente para árbitros y jueces, donde la CISG tiene vacíos o silencios.¹⁴⁸ Regresando al texto del artículo 7(2) de la CISG, estos vacíos deben resolverse “de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención”. Es decir, la forma legalmente procedente de aplicar los Principios UNIDROIT para integrar la CISG sería argumentando que los Principios constituyen “los principios generales en los que se basa [la Convención]”. Esto es problemático por varias razones. Primero, a pesar de las similitudes, también hay diferencias entre las regulaciones sustantivas de un instrumento y otro.¹⁴⁹ La CISG fue el producto de complejas negociaciones sostenidas entre representantes designados por los Estados Contratantes, por lo que su redacción refleja un balance entre las distintas tradiciones jurídicas. Por otro lado, los Principios UNIDROIT fueron el resultado de un proceso más académico y menos político, y tienden a tener una mayor cercanía con el sistema de Derecho Civil.¹⁵⁰ Segundo, los Principios UNIDROIT fueron redactados posteriormente a la CISG, por lo que resulta ilógico sostener que la Convención se basa en los Principios.¹⁵¹

¹⁴⁵ Preámbulo, Principios UNIDROIT

¹⁴⁶ Corte de Apelaciones de París (Francia), *Prakash Steelage v. UZUC*

¹⁴⁷ Magnus, “General Principles of UN-Sales Law”

¹⁴⁸ Corte Suprema (Bélgica), *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*

¹⁴⁹ Por ejemplo, a diferencia de la CISG, los Principios UNIDROIT expresamente indican que las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial. Asimismo, a diferencia de la CISG, bajo los Principios, la ejecución forzosa es un remedio que no está sujeto a la discrecionalidad del juez ni a su disponibilidad bajo la ley doméstica.

¹⁵⁰ Bonell, “The CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Two Complementary Instruments”, 103; Flechtner, “The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on 'Hardship' Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court”, 11

¹⁵¹ Magnus, “General Principles of UN-Sales Law”

Tercero, los Principios UNIDROIT contienen auténticas normas jurídicas que difícilmente se pueden caracterizar como principios generales. Cuarto, los Principios UNIDROIT son un instrumento externo a la CISG que ni siquiera fue elaborado por UNCITRAL y por lo tanto, recurrir a ellos sería violar la interpretación autónoma que persigue la CISG.¹⁵² Quinto, nada en el texto de la CISG ni en su historia legislativa sugiere que los Estados Contratantes tenían la intención de que la Convención fuera integrada o complementada por instrumentos de *soft law*.¹⁵³ En esta línea, cabría preguntarse por qué no recurrir a los Principios de Derecho Europeo de los Contratos o a otros instrumentos de *soft law* en vez de a los Principios UNIDROIT. La amenaza a la aplicación uniforme de la CISG no es difícil de visualizar ante esta multiplicidad de posibilidades. A pesar de todos estos problemas, la práctica habitual a nivel doctrinal, arbitral y judicial parece ser la de integrar la CISG con los Principios UNIDROIT, sosteniendo que los Principios se pueden subsumir dentro del artículo 7(2) de la CISG, como “los principios generales en los que se basa [la Convención]”.¹⁵⁴ Previendo las debilidades argumentales de esta práctica, la Corte Suprema de Bélgica sostuvo, en una decisión histórica, que los Principios UNIDROIT “reflejan” los principios generales de la CISG, para poder subsumirlos dentro del mencionado artículo 7(2).¹⁵⁵ Las consecuencias de este debate en torno a la relación entre la CISG y los Principios son sumamente relevantes para la presente investigación y serán profundizadas con mayor detalle en su momento.

Finalmente, es importante aclarar que no todos los temas relativos al derecho contractual son parte del ámbito de la CISG y por lo tanto, no deben ser interpretados ni integrados conforme

¹⁵² Flechtner, “The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on 'Hardship' Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court”, 11; Schwenger, “Interpretation and Gap-Filling under the CISG”, 117

¹⁵³ Schwenger, “Interpretation and Gap-Filling under the CISG”, 117; Flechtner, “The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on 'Hardship' Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court”, 11

¹⁵⁴ Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Caso no. 8817; Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Caso No. 8128; Instituto de Arbitraje de los Países Bajos, Laudo provisional del 10 de febrero de 2005; Corte Suprema (Bélgica), *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*; Tribunal de Zwolle (Países Bajos), *CME Coopérative Maritime Etaploise S.A.C.V. v. Bos Fishproducts Urk BV*; Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Caso No. 9117; Bonell, “The CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Two Complementary Instruments”, 117; París Cruz, “La importancia de la interpretación uniforme de la CISG”, 87-88

¹⁵⁵ Corte Suprema (Bélgica), *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*

a las normas de la CISG. Por ejemplo, la validez del contrato está excluida expresamente de la Convención y por ende, en caso de una disputa, debe ser resuelta conforme a la ley doméstica que resulte aplicable de conformidad con las normas de conflicto relevantes o conforme a la ley determinada para ese fin por el tribunal.¹⁵⁶

D. Costa Rica y la CISG

Costa Rica es uno de los 93 Estados Contratantes de la CISG y se adhirió a la Convención en 2017, mediante la Ley 9421. A la fecha, no se registran resoluciones judiciales donde un juez costarricense haya aplicado la Convención. No obstante, es posible que esto sí haya sucedido en arbitrajes con sede en Costa Rica, donde los laudos no tienden a ser publicados.

II. EL ARTÍCULO 79 CISG

Dentro de la CISG, la norma más relevante para la presente investigación es el artículo 79. A continuación, se realiza una explicación de este artículo, la cual se divide en dos partes: **(A)** Requisitos y concepto general, y **(B)** Consecuencias jurídicas.

A. Requisitos y concepto general

Generalmente, la CISG sigue el sistema de responsabilidad objetiva, por lo que un deudor puede ser responsable por daños y perjuicios ante cualquier incumplimiento (aún en la ausencia de comportamiento negligente).¹⁵⁷ No obstante, la CISG contempla una serie de excepciones que disminuyen la potencial responsabilidad de los vendedores.¹⁵⁸ Dentro de estas excepciones, se encuentra el capítulo cinco de la CISG que se titula “Exoneraciones”. Aquí se ubica el artículo 79 de la CISG, el cual tiene gran relevancia para la Convención. A continuación, se transcribe este artículo en su totalidad:

Artículo 79:

1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un

¹⁵⁶ Artículo 4(a)

¹⁵⁷ Huber y Mullis, *The CISG: a new textbook for students and practitioners*, 256

¹⁵⁸ Artículo 79, 80, y 74 en cuanto al requisito de previsibilidad

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

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

a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y

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

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

4) La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas.

Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.

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

Siguiendo la redacción del artículo 79(1), el deudor debe probar los siguientes requisitos: **(1)** la existencia del “impedimento”, **(2)** que el impedimento fue “ajeno a su voluntad”, **(3)** la causalidad entre el impedimento y el incumplimiento (“esa falta de cumplimiento se debe a

un impedimento”), (4) la imprevisibilidad del impedimento al momento de contratar (“no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato”) y, (5) la irresistibilidad del impedimento o sus consecuencias (“no cabía razonablemente esperar... que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias”). A continuación, se explican brevemente cada uno de estos requisitos.

1. “Impedimento”

Como se mencionó arriba, algunos sistemas legales contienen normas similares al artículo 79(1) de la CISG, aunque estas se refieran a “fuerza mayor” en lugar de a “impedimento”.¹⁵⁹ Esto parece obedecer a la técnica legislativa de la CISG, de utilizar conceptos legales nuevos que no se derivan de leyes domésticas particulares. En la CISG, un impedimento ha sido definido por la doctrina como una fuerza externa y objetiva que evita el cumplimiento del contrato.¹⁶⁰ La jurisprudencia y doctrina han considerado los siguientes eventos como posibles impedimentos bajo la CISG: un embargo internacional en el país del comprador¹⁶¹, una prohibición gubernamental de exportar las mercaderías objeto del contrato¹⁶², una huelga¹⁶³, desastres naturales¹⁶⁴, guerra¹⁶⁵ y la introducción de nuevas regulaciones sobre radiactividad en el país del comprador.¹⁶⁶ Sin embargo, como se mencionará abajo, la interpretación del concepto de impedimento ha evolucionado con los años.

¹⁵⁹ Tanto la cláusula modelo sobre fuerza mayor de la ICC como el artículo 7.1.7 de los Principios UNIDROIT son casi idénticos al artículo 79 de la CISG.

¹⁶⁰ Bund, “Force majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner”, 387; Flambouras, “The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis”, 265

¹⁶¹ Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Budapest, Caso no. VB 96074

¹⁶² Cámara de Comercio e Industria de Bulgaria, Caso No. 56/1995 (en este caso, el tribunal arbitral consideró que el impedimento no cumplía con los requisitos del artículo 79 porque ya existía al momento de concluir el contrato)

¹⁶³ Saidov, “Cases on CISG Decided in the Russian Federation”, 54

¹⁶⁴ Huber y Mullis, *The CISG: a new textbook for students and practitioners*, 259

¹⁶⁵ Huber y Mullis, *The CISG: a new textbook for students and practitioners*, 259

¹⁶⁶ Corte del Distrito de 's-Hertogenbosch (Países Bajos), *Malaysia Dairy Industries v. Dairex Holland*

2. “Ajeno a su voluntad”

Considero que este requisito no ha sido traducido de la manera más apropiada del inglés, el cual fue el idioma que se utilizó para redactar la Convención originalmente. La redacción en inglés se refiere a “*beyond his control*”, lo cual se debería de traducir como “fuera de su control” o “ajeno a su control”. El problema con la traducción oficial al español es que no refleja el verdadero significado del requisito en inglés, el cual se refiere a la distribución de riesgos del contrato¹⁶⁷. Es decir, en su significado auténtico, para cumplir con el requisito “ajeno a su voluntad”, el deudor debe demostrar que la ocurrencia del impedimento no estaba dentro de su esfera de riesgo contractual.¹⁶⁸ Si el deudor aceptó, explícita o implícitamente, un riesgo contractualmente, no puede alegar que la materialización de ese riesgo constituye un impedimento “ajeno a su voluntad”, al estar dentro de su esfera de control o riesgo. Por ende, este requisito tiene poco que ver con la *voluntad* del deudor.

Como regla, se entiende que la esfera de riesgo del deudor es amplia, por lo que cumplir con este requisito es bastante difícil.¹⁶⁹ Una sentencia de la Corte Suprema de Alemania en 1999 estableció que las posibilidades de demostrar que un impedimento está fuera de la esfera de riesgo del deudor son cercanas a cero.¹⁷⁰ Con base en esto, la doctrina sostiene que para estos efectos, una empresa siempre está “en control” de su condición financiera, de operaciones y negocios, por lo que excusas “internas” relacionadas con estos campos nunca se deben considerar como ajenas a su esfera de control.¹⁷¹ No obstante, puesto que las partes tienen el derecho de modificar o restringir la aplicación de la CISG, en virtud del artículo 6 de la propia Convención¹⁷², esto podría variarse mediante cláusulas sobre fuerza mayor o eventos

¹⁶⁷ DiMatteo, “Contractual Excuse Under the CISG: Impediment, Hardship, and the Excuse Doctrines”, 286-287

¹⁶⁸ Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Hamburgo, Laudo parcial (“Only the apportionment of the risk in the contract is relevant here”); Corte Suprema (Alemania), Caso no. 121/98; Schlechtriem y Butler, *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*, 201; Huber y Mullis, *The CISG: a new textbook for students and practitioners*, 259

¹⁶⁹ Schlechtriem y Butler, *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*, 203; Huber y Mullis, *The CISG: a new textbook for students and practitioners*, 259

¹⁷⁰ Corte Suprema (Alemania), Caso no. 121/98

¹⁷¹ Lookofsky, *Understanding the CISG in the USA*, 127

¹⁷² Dicho artículo establece lo siguiente: “Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos

sobrevinientes.¹⁷³ Es decir, algunos riesgos se pueden compartir, excluir y/o asignar a la contraparte. Al realizar este análisis, se debe considerar la aplicabilidad de usos y costumbres, y las reglas de la CISG en cuanto a distribución de riesgos.¹⁷⁴ La incorporación de INCOTERMS en las cláusulas contractuales puede tener un rol importante al determinar la distribución de riesgos acordada.¹⁷⁵

En la práctica, se registran pocos casos en los que una parte ha logrado argumentar exitosamente que el impedimento estaba fuera de su control bajo el artículo 79.¹⁷⁶ Por lo tanto, solo eventos verdaderamente extraordinarios pueden encontrar cabida como un impedimento “ajeno a la voluntad” del deudor.

3. Causalidad entre el impedimento y el incumplimiento (“esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento”)

Este requisito no merece gran explicación. No basta con la existencia de un impedimento (guerra, embargo o desastre natural, entre otros), sino que debe demostrarse que el impedimento fue lo que causó el incumplimiento.¹⁷⁷ En un caso resuelto por la Corte Suprema de Israel, un vendedor alegó fuerza mayor con base en la guerra de Yom Kipur, pero en realidad había vendido las mercaderías a un tercero por un precio más alto.¹⁷⁸

4. Imprevisibilidad del impedimento al momento de contratar (“no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato”)

El deudor también debe demostrar que “no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato”. Esto significa que se exige no solo que el impedimento haya sido imprevisto, sino que además, haya sido

¹⁷³ Bund, “Force majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner”, 405; Huber y Mullis, *The CISG: a new textbook for students and practitioners*, 259

¹⁷⁴ Huber y Mullis, *The CISG: a new textbook for students and practitioners*, 259

¹⁷⁵ CISG Advisory Council, “Opinion No. 20, Hardship under the CISG”, 10

¹⁷⁶ Huber y Mullis, *The CISG: a new textbook for students and practitioners*, 258

¹⁷⁷ Perales Viscasillas, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)*

¹⁷⁸ Corte Suprema (Israel), *Adras Construction Co. Ltd. v. Harlow & Jones GmbH*

razonablemente imprevisible al momento de contratar. Este también es un requisito difícil de demostrar, puesto que muchos potenciales impedimentos (desastres naturales, atrasos en la entrega e incluso hostilidades) podrían ser considerados previsibles, desde la perspectiva de un empresario informado y diligente.¹⁷⁹ Es este el alto estándar que se le exige al comerciante bajo la CISG.¹⁸⁰

Por otro lado, cuando el impedimento ya existía al momento de celebrar el contrato, es evidente que no se puede considerar como imprevisible. Un tribunal arbitral llegó a esta misma conclusión al analizar un caso en el que ya existía una prohibición gubernamental para exportar al momento de suscribir el contrato.¹⁸¹ Una visión alternativa es que el impedimento puede haber existido al momento de contratar sin que sus consecuencias en cuanto al contrato fueran razonablemente previsibles.¹⁸² Desde mi perspectiva, este último argumento no se debería aceptar, salvo que se pudiera probar que, aún un empresario suficientemente informado y diligente, no hubiera tomado en cuenta el impedimento.

¹⁷⁹ DiMatteo, “Contractual Excuse Under the CISG: Impediment, Hardship, and the Excuse Doctrines”, 298

¹⁸⁰ Corte Suprema (Alemania), Caso no. 121/98; Lookofsky, *Understanding the CISG in the USA*, 127; Lautenschlager, “Current Problems Regarding the Interpretation of Statements and Party Conduct under the CISG - The Reasonable Third Person, Language Problems and Standard Terms and Conditions”, 262 (“se trata de un profesional que conoce las prácticas del sector, los diferentes modos de venta, la jerga correspondiente, el procedimiento técnico de transacciones, y los elementos técnicos de las mercaderías y su uso” – traducción libre del autor); Perales Viscasillas, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)* [“Y ciertamente la prueba de esos tres elementos parece ciertamente dificultosa, ya que existen acontecimientos que, si bien inusuales, son en cierta medida previsibles y entran en la mente de todos (por ejemplo, una guerra o una huelga, pero no, por ejemplo, una invasión extraterrestre o la caída de un meteorito que destruye la fábrica del vendedor)”]

¹⁸¹ Cámara de Comercio e Industria de Bulgaria, Caso no. 56/1995 (en este caso, el tribunal arbitral consideró que el impedimento no cumplía con los requisitos del artículo 79 porque ya existía al momento de concluir el contrato)

¹⁸² Huber y Mullis, *The CISG: a new textbook for students and practitioners*, 262; Perales Viscasillas, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)* [“A los efectos de la aplicación del artículo 79 es irrelevante que el impedimento existiese con anterioridad a la perfección del contrato o con posterioridad, siempre que se cumplan las demás condiciones que el art.79 demanda”]

5. Irresistibilidad del impedimento o sus consecuencias (“no cabía razonablemente esperar... que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias”)

Finalmente, el deudor debe demostrar que no cabía razonablemente esperar que evitase o superase las consecuencias del impedimento. Este requisito supone que la parte afectada debe hacer todo lo posible por cumplir, tomando en cuenta la distribución de riesgos acordada.¹⁸³

Siguiendo con el artículo 79(2), este regula la posibilidad del deudor de excusar su falta de cumplimiento en caso que se deba a “a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato”. Según esta norma, esto es posible si tanto el deudor como el tercero reúnen los requisitos del artículo 79(1).¹⁸⁴ El tercero podría ser un subcontratista, pero la doctrina excluye a los proveedores de materia prima.¹⁸⁵ El tercero, por otro lado, debe ser realmente ajeno al deudor, por lo que la conducta de empleados no puede calzar dentro de esta norma.¹⁸⁶ Los artículos 79(3-5) se explican más adelante, puesto que su importancia es en cuanto a las consecuencias jurídicas del artículo 79 en general.

B. Consecuencias jurídicas

El punto más importante en torno al artículo 79, en definitiva es el de sus consecuencias jurídicas. La principal consecuencia jurídica o solución para la parte afectada por el impedimento es una liberación o exoneración de responsabilidad por el pago de daños y perjuicios.¹⁸⁷ Los artículos 79(1) y 79(5) conjuntamente establecen esto. En primer lugar, el artículo 79(1) establece lo siguiente: “Una parte no será responsable de la falta de

¹⁸³ Perales Viscasillas, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)*; Huber y Mullis, *The CISG: a new textbook for students and practitioners*, 262

¹⁸⁴ Huber y Mullis, *The CISG: a new textbook for students and practitioners*, 263

¹⁸⁵ Perales Viscasillas, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)*

¹⁸⁶ Huber y Mullis, *The CISG: a new textbook for students and practitioners*, 263

¹⁸⁷ Perales Viscasillas, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)* [“la exoneración de responsabilidad sólo lo es en relación con los daños y perjuicios, pero no en relación a cualesquiera otras acciones que se puedan demandar por incumplimiento (reducción del precio, intereses o cumplimiento específico, por ejemplo)”]; Petsche, “Hardship under the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)”, 161; Schwenger, “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”, 722; CISG Advisory Council, “Opinion No. 20, Hardship under the CISG”, 28

cumplimiento (...)"'. Esta liberación de responsabilidad se debe entender con respecto al artículo 79(5), el cual dice: "Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios". Finalmente, el capítulo de la CISG donde se localiza el artículo 79 se titula "Exoneraciones" (y además consta únicamente de dos artículos, por lo que no cabe duda que el título se refiere al artículo 79).

De lo anterior, se concluye que si una parte afectada por un impedimento logra demostrar que reúne los requisitos del 79 de la CISG, está exonerada de pagar los daños y perjuicios que puedan surgir a raíz del incumplimiento contractual. Otros derechos que contemple la Convención (tales como el cobro de intereses, la suspensión de sus obligaciones o la resolución contractual, si el incumplimiento es esencial) quedarían a salvo y podrían ser ejercitados por cualquiera de las dos partes. A pesar de que esto no consta en el texto expreso del artículo 79, la existencia del impedimento también evita la acción de ejecución forzosa en contra de la parte afectada.¹⁸⁸ Es decir, tomando todo esto en cuenta, la parte afectada por el impedimento no puede ser forzada a pagar daños y perjuicios ni a cumplir con sus prestaciones vía ejecución forzosa. En caso que el impedimento sea temporal, esta exoneración tiene únicamente efectos temporales, según el artículo 79(3). Tal y como se indicó en el Capítulo Primero, la consecuencia jurídica de exoneración de responsabilidad es característica en la doctrina de fuerza mayor.

Por su parte, el artículo 79(4) exige que el deudor afectado por el impedimento le comunique a su contraparte sobre esta circunstancia y los efectos que tenga sobre su capacidad de cumplir con el contrato. Si el acreedor no recibe la comunicación dentro de un plazo razonable después de que el deudor tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, el deudor es responsable de los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Ishida, "CISG Article 79: Exemption of Performance, and Adaptation of Contract through Interpretation of Reasonableness - Full of Sound and Fury, but Signifying Something", 449-451; CISG Advisory Council, "Opinion No. 20, Hardship under the CISG", 28-30

¹⁸⁹ Artículo 79(4), CISG

III. LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE COMO “IMPEDIMENTO” BAJO EL ARTÍCULO 79 CISG

Hasta el momento, se explicaron tanto la CISG y sus métodos de interpretación, como el contenido del artículo 79 en particular. Se definió el concepto de impedimento —presente en el artículo 79— como una fuerza externa y objetiva que evita el cumplimiento del contrato.¹⁹⁰ Según esta definición, podría decirse que un impedimento es sinónimo de la noción de fuerza mayor expuesta en el Capítulo Primero. Asimismo, se estableció que la principal consecuencia jurídica del impedimento bajo el artículo 79 es una exoneración de responsabilidad, lo cual también coincide con la doctrina de fuerza mayor.

No obstante, en los últimos años la interpretación del concepto de impedimento ha variado. La presente sección analiza el concepto de “impedimento” bajo varios métodos de interpretación, con el objetivo de demostrar que una situación de excesiva onerosidad también tiene cabida bajo el artículo 79 CISG. Esta última es la interpretación prevaleciente hoy, por lo que también se intentará explicar qué condujo a una interpretación contraria en su momento. El análisis se fundamenta en los siguientes elementos de interpretación: **(A)** Interpretación literal, **(B)** Interpretación basada en la historia legislativa, **(C)** Interpretación basada en el carácter internacional y la aplicación uniforme de la CISG, **(D)** Interpretación basada en la buena fe, y **(E)** Evolución de la jurisprudencia y la doctrina.

A. Interpretación literal

Se debe examinar el propio texto en primer lugar, de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹⁹¹ En este caso, la palabra “impedimento” es clave para entender si es posible subsumir circunstancias de excesiva onerosidad sobreviniente dentro del artículo 79 de la CISG.

¹⁹⁰ Bund, “Force majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner”, 387; Flambouras, “The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis”, 265

¹⁹¹ “Los tratados deben de interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”

El artículo 79(1) de la CISG menciona “impedimento” en el contexto de un incumplimiento de contrato.¹⁹² La Real Academia Española define “impedimento” como “obstáculo, embarazo, estorbo para algo”.¹⁹³ Otro diccionario en línea define el infinitivo “impedir” como “dificultar, imposibilitar la ejecución de una cosa”.¹⁹⁴ De acuerdo con estas definiciones, tanto una situación de imposibilidad como una situación de dificultad (excesiva onerosidad siendo un caso extremo) se podrían considerar como un impedimento. Por lo tanto, de primera entrada, el texto literal de la norma permite adoptar la interpretación propuesta.

B. Interpretación basada en la historia legislativa

Tal y como se mencionó, la historia legislativa es un elemento crucial para interpretar la CISG. Esto no solo se establece en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sino que además es una práctica establecida bajo la CISG.¹⁹⁵ En el contexto de la presente investigación, se señala a la historia legislativa del artículo 79 de la CISG como el principal “culpable” de la interpretación que entendía el concepto de impedimento únicamente como sinónimo de fuerza mayor.

El artículo 79 de la CISG —como muchos otros artículos de la Convención— no fue una novedad total durante los trabajos preparatorios, sino que partió de la experiencia adquirida con su antecesor: el artículo 74 de la ULIS,¹⁹⁶ el cual otorgaba una exoneración de responsabilidad a cualquier parte afectada por “circunstancias” imprevisibles e irresistibles.¹⁹⁷ Durante las negociaciones de la CISG, se criticó el concepto de “circunstancias” por permitir a una parte excusar su cumplimiento demasiado fácilmente.¹⁹⁸

¹⁹² “Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento”

¹⁹³ <https://www.rae.es/drae2001/impedimento>

¹⁹⁴ <https://www.wordreference.com/definicion/impedido>

¹⁹⁵ Schwenzer, “Interpretation and Gap-Filling under the CISG”, 110

¹⁹⁶ Se recuerda que ULIS es la Ley Uniforme de Compraventa Internacional de Mercancías

¹⁹⁷ *Ver* redacción original: “Where one of the parties has not performed one of his obligations, he shall not be liable for such non-performance if he can prove that it was due to circumstances which, according to the intention of the parties at the time of the conclusion of the contract, he was not bound to take into account or to avoid or to overcome”

¹⁹⁸ Flambouras, “The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of

Por lo tanto, con la sustitución de “circunstancias” por “impedimento”, los redactores del artículo 79 buscaban elevar el umbral requerido para excusar el incumplimiento en la CISG, de manera que la Convención preservara de manera más estricta el principio de *pacta sunt servanda*.¹⁹⁹ Este primer punto llevó a algunos académicos a concluir que estándares más “bajos” que no llegaran a constituir imposibilidad —tales como excesiva onerosidad— no podían considerarse como un impedimento bajo la Convención.²⁰⁰ Por otro lado, algunas delegaciones propusieron (sin éxito) incluir normas expresas sobre excesiva onerosidad en la CISG.²⁰¹ El hecho de que estas propuestas no fueran exitosas fortaleció el argumento de que la excesiva onerosidad no forma parte de la Convención.

A pesar de lo anterior, el consenso entre los académicos e historiadores legales es que los trabajos preparatorios del artículo 79 no permiten afirmar de forma definitiva que la excesiva onerosidad está excluida por la Convención.²⁰² En este sentido, se señala que las razones para rechazar estas propuestas no están claras o no necesariamente apuntan a que se quería excluir la excesiva onerosidad. Asimismo, simplemente porque se elevara el umbral con respecto a “circunstancias” al adoptar el concepto de “impedimento”, no significa que se quisiera excluir el concepto de excesiva onerosidad. Apoyando lo anterior, el profesor Peter Schlechtriem —quien formaba parte de la delegación que representó a Alemania en la conferencia diplomática de Viena, donde se adoptó la Convención en 1980— ha mencionado

European Contract Law: A Comparative Analysis”, 265; Petsche, “Hardship under the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)”, 164

¹⁹⁹ Rimke, “Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 222; Flambouras, “The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis”, 265; Petsche, “Hardship under the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)”, 164

²⁰⁰ Bund, “Force majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner”, 387; Kuster y Andersen, “Hardly Room for Hardship — A Functional Review of Article 79 Of the CISG”, 5; Flambouras, “The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis”, 265

²⁰¹ Kuster y Andersen, “Hardly Room for Hardship — A Functional Review of Article 79 Of the CISG”, 5; Petsche, “Hardship under the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)”, 164; Rimke, “Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 222

²⁰² CISG Advisory Council. “Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG”

que según su impresión, al momento de redactar la CISG, se pensaba que el artículo 79 sí abarcaba situaciones de excesiva onerosidad.²⁰³

Finalmente, aún si la interpretación histórica no fuera favorable para el argumento expuesto, se propone que este método de interpretación pierde valor con el tiempo.²⁰⁴ En su lugar, la interpretación basada en el carácter internacional y la uniformidad puede ser una alternativa que permita actualizar y dinamizar el contenido de la CISG. Al considerar que la redacción de la Convención data de 1980, no estaría de más considerar otras alternativas en cuanto al tema particular de *hardship*.

C. Interpretación basada en el carácter internacional y la aplicación uniforme

Volviendo al artículo 7(1) de la CISG, los criterios de carácter internacional y aplicación uniforme —los cuales están ligados entre sí— son fundamentales para la interpretación de la propia Convención. Asimismo, como se ha explicado, estos criterios tienen una gran coincidencia con el método de interpretación teleológica que dicta el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Una interpretación a través de estos criterios permite afirmar que una situación de excesiva onerosidad se puede considerar como un impedimento bajo el artículo 79 de la CISG. A continuación, se exponen una serie de argumentos que se fundamentan, ya sea en el carácter internacional de la CISG, su aplicación uniforme o una combinación de ambos.

En primer lugar, se debe establecer que el estándar internacional en el comercio transfronterizo es el de aceptar y regular el concepto de excesiva onerosidad o al menos, alguna noción comparable (a nivel de ejemplo, impracticabilidad o frustración²⁰⁵). Esto se

²⁰³ Flechtner, “Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG scholars discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, *Nachfrist*, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and much more”, 236

²⁰⁴ Kuster y Andersen, “Hardly Room for Hardship — A Functional Review of Article 79 Of the CISG”, 5-6 (“That is not to say that the CISG should not be subject to a dynamic interpretation.20 We need not necessarily be religiously bound by *travaux*...As times change, instruments like the CISG, which are unlikely to be re-drafted, need to retain some dynamic elasticity”); Schwenger, “Interpretation and Gap-Filling under the CISG”, 114

²⁰⁵ Aunque debe admitirse que estos conceptos se aplican de forma aún más restringida; Behn y Peter Berger, “*Force Majeure* and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study”,

puede visualizar a través del estudio de legislaciones domésticas (tales como Italia, Francia, Alemania, Argentina y Estados Unidos, aunque no Costa Rica), otros instrumentos de *lex mercatoria* (Principios UNIDROIT, Principios de Derecho Europeo de los Contratos) y cláusulas y contratos modelo de amplia difusión (ICC y ITC). El debate que existe hoy no es sobre este punto, sino en torno a cuáles deben ser las soluciones o consecuencias jurídicas de la excesiva onerosidad, lo cual se abarcará más adelante.

La consecuencia de esta situación es que la regulación de la excesiva onerosidad en la CISG es apremiante.²⁰⁶ Desde un punto de vista pragmático, esto solo podría ocurrir vía interpretación, por la gran dificultad de modificar un tratado internacional.²⁰⁷ Si los operadores de la CISG optan por interpretar que la Convención rechaza la excesiva onerosidad, esto afectaría su aplicabilidad en un área clave dentro de su ámbito.²⁰⁸ En el contexto actual de pandemia global, las situaciones de excesiva onerosidad tenderán a manifestarse con mayor frecuencia en lugar de desaparecer²⁰⁹, mostrando la importancia de tener una Convención que responda adecuadamente a esta realidad. Lo contrario daría razones a empresas para que excluyeran la Convención deliberadamente de sus contratos, socavando su legitimidad.²¹⁰ Esto indudablemente afectaría la uniformidad del derecho comercial internacional, en el caso de que las partes decidan regular sus contratos según el derecho doméstico. Por lo tanto, con la intención de preservar la uniformidad en la aplicación de la CISG, se debe optar por una interpretación a favor de excesiva onerosidad como impedimento bajo el artículo 79 de la CISG.

115 (“in the common law world, a hardship doctrine is [still] not accepted or at least not to the same extent”)

²⁰⁶ Schwenger, “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”, 710

²⁰⁷ Kuster y Andersen, “Hardly Room for Hardship — A Functional Review of Article 79 of the CISG”, 5-6

²⁰⁸ Schwenger, “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”, 710

²⁰⁹ Behn y Peter Berger, “*Force Majeure* and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study”, 130 (“In such extraordinary times, the doctrines of force majeure and hardship assume the role of regular, rather than exceptional legal remedies, allowing to distribute evenly between the players in the global economy the risks emanating from the unprecedented COVID-19 pandemic”)

²¹⁰ A pesar de su éxito a nivel de ratificaciones, la CISG no ha sido utilizada con tanto éxito por empresas a nivel práctico y excluir su aplicación a nivel contractual se ha convertido en la norma.

A la misma vez, la divergencia de tratamiento y soluciones para la excesiva onerosidad a nivel del derecho doméstico de cada país, puede representar una amenaza para el carácter internacional y la uniformidad de la CISG, en caso de no adoptarse la interpretación aquí propuesta.²¹¹ Si los jueces y árbitros no interpretan que el artículo 79 de la CISG regula la excesiva onerosidad, cabe la posibilidad de que acudan a su derecho doméstico para encontrar una solución, aún si la CISG rige el contrato. Por sí solo, esto socava el carácter internacional y la autonomía de la CISG, pero la situación a nivel práctico es especialmente grave por el hecho de que cada ordenamiento sea tan diferente en su regulación del tema en cuestión.

En este mismo ámbito, el principio *in dubio pro Convención*²¹² dicta que en caso de duda, debe optarse por interpretar que la CISG sí cubre el concepto de excesiva onerosidad. El texto de la CISG se presta para resolver la duda de forma afirmativa, al contener el concepto amplio de “impedimento”.

Tal y como se ha indicado, la interpretación teleológica de la CISG debe abordarse con mucha cautela. No obstante, en este caso su propio texto (en particular, la noción amplia de “impedimento”) permite realizar esta interpretación sin atentar contra la lógica ni la seguridad jurídica.

Finalmente, en cuanto a la aplicación uniforme, es importante estudiar qué han interpretado las decisiones judiciales y arbitrales existentes, así como las autoridades académicas. Esta parte de la aplicación uniforme merece su propia sección, por lo que se tratará varios párrafos más abajo (“E. Evolución de la jurisprudencia y la doctrina”).

²¹¹ Schwenger, “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”, 710

²¹² CISG Advisory Council, “Opinion No. 4, Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG)”; Moreno Rodríguez, *Derecho aplicable y arbitraje internacional*, 246-247; Martínez Cañellas, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980*, 316

D. Interpretación basada en la buena fe

Además de los criterios de carácter internacional y aplicación uniforme, el artículo 7(1) CISG requiere tomar en cuenta la necesidad de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. Aunque este criterio ha sido el más controversial de todos, la polémica ha ocurrido en los casos donde se utiliza la buena fe como un estándar de conducta para las partes, y no como un criterio de interpretación de la CISG. En este caso, se propone que, como un criterio de interpretación de la CISG, la necesidad de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional apoya una interpretación de “impedimento” *pro* excesiva onerosidad.

El análisis que se requiere para llegar a esta conclusión es sencillo. El concepto de excesiva onerosidad está totalmente unido con el de buena fe.²¹³ Algunas autoridades incluso han sostenido que la buena fe es el fundamento de la excesiva onerosidad, puesto que una aplicación demasiado estricta del *pacta sunt servanda* podría llegar a ser contraria a la buena fe.²¹⁴ Se podría plantear que una aplicación estricta del *pacta sunt servanda* ante situaciones extremas que cambian radicalmente el equilibrio económico del contrato constituye un abuso de derecho.

La procedencia de este argumento bajo la CISG podría debatirse, puesto que la idea de sus redactores era fortalecer el *pacta sunt servanda* después de una experiencia negativa con su norma antecesora en la ULIS. Sin embargo, parece ser que la mayoría de sistemas legales alrededor del mundo han encontrado la forma de que el *pacta sunt servanda* conviva con la excepción de excesiva onerosidad o cambio radical de circunstancias. Asimismo, cabe mencionar que la interpretación de “impedimento” *pro* excesiva onerosidad en nada afecta la excepcionalidad del artículo 79 de la CISG, frente a la regla general que es el cumplimiento de los contratos.

²¹³ Corte Suprema (Bélgica), *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*; Chung, “A Comparative Analysis of the Frustration Rule: Possibility of Reconciliation Between Hong Kong-English ‘Hands-off Approach’ and German ‘Interventionist Mechanism’”, 141; Perillo, “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 9

²¹⁴ Corte Internacional de Arbitraje de la ICC París, *Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems*

Considerando lo anterior, se propone que, tomando en cuenta la necesidad de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional, la interpretación que debe adoptarse es que una situación fáctica de excesiva onerosidad puede calificar como impedimento bajo el artículo 79 de la CISG.

E. Evolución de la jurisprudencia y la doctrina

Tal y como se ha mencionado, para lograr la aplicación uniforme de la CISG en los términos del artículo 7(1) de la CISG, es importante tomar en cuenta la jurisprudencia judicial y arbitral extranjera e internacional, así como la doctrina. A continuación, se demuestra que el estado actual de la jurisprudencia y la doctrina apoyan la interpretación propuesta en este Capítulo. Asimismo, se explica cómo se llegó hasta este punto. Como se verá, en la década de 1990, la posición predominante era que el artículo 79 de la CISG no cubría situaciones de excesiva onerosidad, posición que cambió a partir del año 2007 y se mantiene hasta la actualidad.

El primer caso reportado sobre el artículo 79 de la CISG y la excesiva onerosidad es el de *Nuova Fucinati v. Fondmetall International* en 1993.²¹⁵ En este caso, la Corte del Distrito de Monza en Italia resolvió una disputa en torno a un contrato de compraventa de ferrocromo entre el vendedor italiano Nuova Fucinati S.p.A. y el comprador sueco Fondmetall International A.B. El vendedor alegó que el contrato había sido afectado por circunstancias de excesiva onerosidad, debido a que los precios de las mercaderías en el mercado primario habían ascendido aproximadamente un treinta por ciento entre la conclusión del contrato y la fecha de entrega, solicitando por esta causa la resolución contractual. El tribunal finalmente no consideró que la CISG fuera la ley aplicable, puesto que la Convención no estaba aún vigente en el país del comprador, y desestimó las pretensiones del vendedor con fundamento en la ley doméstica de Italia. No obstante, el tribunal agregó que bajo la CISG, los alegatos en torno a la excesiva onerosidad tampoco hubieran tenido mérito. El tribunal consideró que ni el artículo 79 ni otra norma en la Convención abarcaban situaciones de excesiva

²¹⁵ Corte del Distrito de Monza (Italia), *Nuova Fucinati v. Fondmetall International*

onerosidad. Esta primera decisión marcó una tendencia que se mantuvo por los siguientes años.

En 1995, el caso *Vital Berry Marketing v. Dira-Frost* resuelto por la Corte de Distrito de Hasselt, Bélgica, confirmó la posición de la Corte del Distrito de Monza.²¹⁶ El caso se originó a partir de una compraventa de frambuesas congeladas entre un vendedor chileno y un comprador belga. Ante el incumplimiento del pago por parte del comprador, el vendedor había suspendido la entrega de las mercaderías y declarado la resolución del contrato. Previo a la resolución, las partes sostuvieron negociaciones donde el comprador había solicitado una reducción en el precio de las frambuesas, alegando una situación de excesiva onerosidad causada por la disminución en el precio de las frambuesas a nivel mundial (por lo que se puede entender que probablemente su intención era revender las mercaderías). El vendedor presentó la demanda para recuperar daños y perjuicios. La Corte aplicó la CISG y resolvió a favor del vendedor, estableciendo que el artículo 79 de la Convención representaba un estándar de fuerza mayor o imposibilidad, y que una fluctuación de precios no alcanzaba dicho estándar. Finalmente, la Corte estableció que las fluctuaciones de precios son eventos totalmente previsibles en el comercio internacional y dentro del riesgo normal de la actividad comercial.²¹⁷

La historia se repitió un año después, cuando un laudo de arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Bulgaria rechazó un argumento fundamentado en la excesiva onerosidad bajo el artículo 79 de la CISG.²¹⁸ El contrato que dio origen a la disputa consistía de una compraventa de cuerdas de acero entre un vendedor ruso y un comprador búlgaro. Durante la ejecución del contrato, el comprador le solicitó al vendedor que suspendiera el envío de mercaderías, alegando que existía fuerza mayor por los siguientes motivos: las condiciones de mercado empeoraron, habían problemas con la distribución y almacenamiento de las mercaderías, el tipo de cambio con respecto al dólar americano había aumentado, y el sector

²¹⁶ Corte del Distrito de Hasselt (Bélgica), *Vital Berry Marketing v. Dira-Frost*

²¹⁷ Corte del Distrito de Hasselt (Bélgica), *Vital Berry Marketing v. Dira-Frost* (“Fluctuations of prices are foreseeable events in international trade and far from rendering the performance impossible they result in an economic loss well included in the normal risk of commercial activities”)

²¹⁸ Cámara de Comercio e Industria de Bulgaria, Caso no. 11/1996

de la construcción estaba en depresión. El vendedor no estuvo de acuerdo y completó el envío de las mercaderías, eventualmente demandando en sede arbitral al comprador para asegurar el pago del precio. El tribunal arbitral resolvió a favor del vendedor y consideró que las circunstancias alegadas por el comprador no constituían una imposibilidad objetiva o fuerza mayor, tal como requiere el artículo 79 de la CISG. Aunque este laudo no se refiere expresamente a excesiva onerosidad, indirectamente rechaza el argumento que este tipo de situaciones pueden tener cabida bajo el artículo 79 de la CISG.

La última sentencia que forma parte de esta primera ola de casos sobre excesiva onerosidad y el artículo 79 de la CISG, llegó hasta la Corte Suprema de Francia en 2001.²¹⁹ El contrato que dio origen a la disputa consistía de una compraventa de espuma de poliuretano entre un vendedor suizo (Société Romay AG) y un comprador francés (SARL Behr France). El comprador destinaba las mercaderías para la manufactura de aires acondicionados para camiones. Durante la ejecución del contrato, el comprador informó al vendedor que no continuaría comprando los bienes objeto del contrato, debido a un cambio radical en los términos de compra de su cliente (una empresa de manufactura de vehículos). El vendedor entabló una demanda para recuperar daños y perjuicios, y el comprador invocó el artículo 79 de la CISG. Después de una serie de apelaciones, el caso fue resuelto por la Corte Suprema, la cual se decantó a favor del vendedor, validando el argumento sostenido en instancias anteriores, que el cambio radical en los términos de compra del cliente del comprador no calificaba como una excusa o impedimento bajo el artículo 79. Este último caso tampoco se refiere expresamente a excesiva onerosidad, pero confirma la tendencia indirectamente por una última vez.

Tal como se ha indicado, el hecho de que la historia legislativa de la CISG creara dudas sobre la aplicabilidad de la excesiva onerosidad bajo la Convención, pudo haber influido en la interpretación de “impedimento” desarrollada en estos primeros años. No obstante, ninguno de los tribunales mencionados hasta el momento, fundamentó sus conclusiones en los trabajos preparatorios de la CISG. El 12 de octubre de 2007, el Consejo Asesor de la CISG

²¹⁹ Corte Suprema (Francia), *Société Romay AG v. SARL Behr France*

publicó su opinión número 7, titulada “Liberación de responsabilidad bajo el artículo 79 de la CISG”. En esta publicación, el Consejo Asesor concluyó que un cambio de circunstancias razonablemente imprevisible que tornara la ejecución del contrato en excesivamente onerosa, podía constituir un impedimento bajo el artículo 79 CISG.²²⁰ Aunque no se trató de la primera autoridad académica en sostener esta posición²²¹, el cambio a nivel de jurisprudencia que se produjo de aquí en adelante fue importante.

En 2009, el asunto de un cambio de circunstancias bajo el artículo 79 de la CISG volvería a resolverse en una instancia judicial en Bélgica, esta vez llegando hasta la Corte Suprema.²²² En el emblemático y controversial caso *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*, la Corte Suprema resolvió que el artículo 79 de la CISG sí cubría la excesiva onerosidad bajo la noción de “impedimento”. El contrato que dio origen a la disputa consistía en la compraventa de tubos de acero entre un vendedor francés y un comprador neerlandés. Durante la ejecución del contrato, el vendedor se vio afectado por un aumento inesperado en el precio de la materia prima (acero) de 70%, por lo cual solicitó al comprador la renegociación del contrato. Ante el fracaso de la renegociación entre las partes, el comprador entabló una demanda y el vendedor una contrademanda, solicitando la revisión de precios con base en la CISG como ley aplicable. La Corte Suprema estableció que el aumento inesperado en el precio del acero se trataba de un evento de *hardship* o *imprévision*, fundamentando su resolución en el artículo 79 de la CISG, aún en la ausencia de una cláusula contractual al respecto. La decisión de la Corte será desarrollada en torno a las soluciones otorgadas a favor del vendedor en el Capítulo Tercero. Por ahora cabe mencionar que esta sentencia marcó un punto de inflexión por la discusión académica que generó²²³ y por ser la

²²⁰ CISG Advisory Council. “Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG”

²²¹ Huber y Mullis, *The CISG: a new textbook for students and practitioners*, 193; Flechtner, “Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG scholars discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, *Nachfrist*, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and much more”, 236

²²² Corte Suprema (Bélgica), *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*

²²³ Ver Kuster y Andersen, “Hardly Room for Hardship — A Functional Review of Article 79 of the CISG”; Flechtner, “The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on 'Hardship' Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court”; Petsche, “Hardship under the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)”

primera autoridad judicial (además, de un alto perfil) en considerar una situación de excesiva onerosidad como impedimento bajo el artículo 79. No obstante, la discusión no giró en torno a la calificación de excesiva onerosidad como impedimento, sino en torno a las soluciones jurídicas.

En 2015, sería el turno de la Corte Suprema, ahora de Francia, de confirmar la tendencia del momento y revertir su anterior posición. El caso *Dupiré Invicta Industrie v. Gabo* se originó en un contrato de compraventa y distribución de estufas entre un vendedor francés y un comprador polaco.²²⁴ Durante la ejecución del contrato, el vendedor rehusó la entrega de las mercaderías, alegando excesiva onerosidad por un incremento anormal en los precios de la materia prima. El comprador inició una acción judicial, la cual escaló hasta la Corte Suprema. En su sentencia, la Corte Suprema utilizó la CISG como ley aplicable y mantuvo la decisión de la corte de instancia inferior que consideraba a la excesiva onerosidad como aplicable bajo la Convención, independientemente de una cláusula contractual al respecto. Sin embargo, la decisión fue favorable para el comprador, debido a que el vendedor no probó y únicamente alegó las circunstancias de excesiva onerosidad. Finalmente, se debe aclarar que esta decisión no se refiere específicamente a “impedimento” o al artículo 79 de la CISG, sino que el fundamento legal es la excesiva onerosidad como un uso mercantil aplicable de conformidad con el artículo 9 de la CISG. No obstante, se trata de otra decisión de alto perfil que afirma teoría de la excesiva onerosidad bajo la CISG.

Además de que otras autoridades académicas continuaron apoyando la interpretación de “impedimento” *pro* excesiva onerosidad²²⁵, la nueva opinión consultiva del Consejo Asesor de la CISG en 2020 confirmó esta tesis una vez más.²²⁶ Por lo tanto, podría esperarse que la tendencia en las decisiones judiciales y arbitrales continúe yendo en la misma dirección. Esto lleva a que, considerando la necesidad de promover la aplicación uniforme de la CISG, de

²²⁴ Corte Suprema (Francia), *Dupiré Invicta Industrie v. Gabo*

²²⁵ *Ver* Ishida, “CISG Article 79: Exemption of Performance, and Adaptation of Contract through Interpretation of Reasonableness - Full of Sound and Fury, but Signifying Something”; Muñoz y Schwenger, “Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship”; Schwenger, “Force majeure and hardship in international sales contracts”; Hernández, “CISG hardship exemption in the time of COVID-19”

²²⁶ *Ver* CISG Advisory Council, “Opinion No. 20, Hardship under the CISG”

conformidad con su artículo 7(1), la opción más razonable para los operadores de la Convención sea la de apegarse a esta interpretación. No obstante, el tema clave en el futuro será el de las soluciones para la excesiva onerosidad, una vez que se considere que este tipo de situaciones sí pueden clasificar como un impedimento dentro del artículo 79 de la CISG.

IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO SEGUNDO

Después de analizar la aplicabilidad de la excesiva onerosidad sobreviniente a la CISG y siguiendo sus mandatos de interpretación, se concluye que es procedente subsumir eventos de excesiva onerosidad en la noción de “impedimento” contenida en artículo 79 de la CISG. Incluso si la fundamentación jurídica fuera distinta (existiendo varias posibles teorías), parece ser innegable que bajo la interpretación prevaleciente en la doctrina y jurisprudencia, la CISG protege a una parte afectada por excesiva onerosidad.

CAPÍTULO TERCERO: LAS SOLUCIONES PARA LA EXCESIVA ONEROSIDAD BAJO LA CISG

El Capítulo Tercero parte de los dos anteriores. Su objetivo es analizar las posibles soluciones propuestas en la doctrina y jurisprudencia para la excesiva onerosidad bajo la CISG. Por lo anterior, en primer lugar se discuten una serie de **(I)** Antecedentes, con el fin de demostrar que no hay necesidad de buscar nuevas soluciones para la excesiva onerosidad bajo la CISG. Posterior e independientemente de lo anterior, se analizan las soluciones propuestas de **(II)** Renegociación, **(III)** Resolución, y **(IV)** Adaptación, con la finalidad de rechazar su procedencia bajo la CISG. Seguidamente, se analiza la solución de **(V)** Exoneración de responsabilidad, con la finalidad de afirmar su procedencia bajo la Convención. En último lugar se proponen y afirman las **(VI)** Soluciones contractuales, y se brindan las **(VII)** Conclusiones.

I. ANTECEDENTES

La presente sección explica la razón de ser del Capítulo Tercero. Según se señaló en el Capítulo Primero, las soluciones normalmente asociadas con la doctrina de excesiva onerosidad son al menos una de las siguientes: renegociación, resolución o adaptación. No obstante, después del análisis realizado en el Capítulo Segundo, se concluyó que la forma legal de aplicar la excesiva onerosidad en la CISG es subsumiendo una situación de ese tipo como un “impedimento” bajo el artículo 79 de la Convención. El conflicto resultante se da porque la solución que provee este artículo para los impedimentos es la exoneración de responsabilidad, la cual tradicionalmente no se considera como una opción para los eventos de excesiva onerosidad. Ante esta situación, autoridades académicas y judiciales han intentado encontrar la forma de integrar otras soluciones al artículo 79, principalmente a través del artículo 7(2) y/o el artículo 9 de la Convención, descartando la posibilidad de que después de todo, la solución correcta sea la que ya consta en el artículo mencionado.

La presente sección señala por qué no es legalmente procedente ni necesario integrar nuevas soluciones para la excesiva onerosidad en la CISG, a través del análisis de los casos: **(A)** *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*, y **(B)** *Dupiré Invicta Industrie v. Gabo*.

A. Caso *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*

El punto de partida obligatorio en cuanto a la improcedencia de integrar nuevas soluciones para la excesiva onerosidad bajo la CISG, es el caso *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*, cuyo estatus controversial ya se mencionó.²²⁷ A manera de resumen, el caso involucra un contrato de compraventa de tubos de acero, en el cual el vendedor se vio afectado por un aumento inesperado en el precio de la materia prima. El vendedor logró que la Corte Suprema de Bélgica calificara este aumento de precios como un impedimento bajo el artículo 79 de la CISG. Sin embargo, en lugar de resolver conforme a la redacción del artículo 79 de la CISG y declarar únicamente que el vendedor no sería responsable por su incumplimiento, la Corte optó por una solución creativa y encontró que a pesar de que el aumento de precios calificaba como un impedimento, por ser un impedimento particular (un evento de excesiva onerosidad), ameritaba una solución distinta de la que contiene el artículo 79. Por esta razón, la Corte estableció que el artículo 79 y el resto de la CISG contenían un vacío en torno a las soluciones para la excesiva onerosidad. Esto llevó a la Corte a realizar un ejercicio de integración, a través del artículo 7(2) de la CISG, el cual dicta que los vacíos se deben suplir de conformidad con los “principios generales en los que se basa la (...) Convención”.²²⁸ La Corte estableció que los Principios UNIDROIT “reflejan” los principios generales de la CISG y procedió a aplicar el artículo 6.2.3 de los Principios UNIDROIT como un principio general de la CISG. El artículo 6.2.3 de los Principios UNIDROIT dispone lo siguiente:

Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship)

(1) En caso de “excesiva onerosidad” (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

²²⁷ Corte Suprema (Bélgica), *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*

²²⁸ Artículo 7(2), CISG (“Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado”).

(2) *El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.*

(3) *En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.*

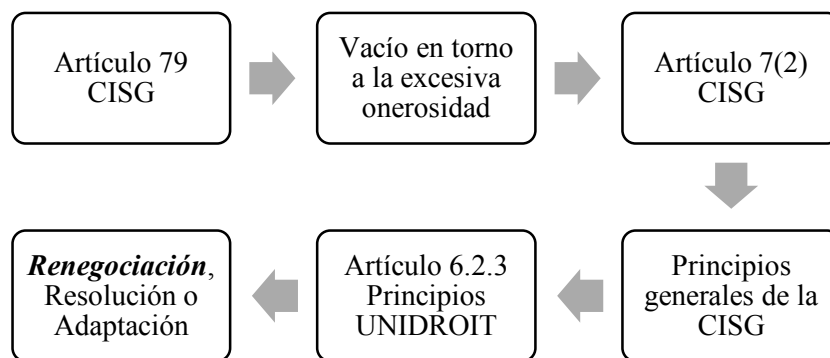
(4) *Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá*

(a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o,

(b) adaptar el contrato con miras a restaurar su equilibrio.

En su aplicación del artículo 6.2.3 de los Principios UNIDROIT como un “principio general” de la CISG, la Corte ordenó al comprador renegociar el contrato para ajustar el precio a las circunstancias sobrevenidas. El diagrama a continuación resume el razonamiento de la Corte:

Razonamiento Corte Suprema Bélgica



Fuente: elaboración propia

Utilizando este razonamiento como base, se argumenta que la decisión de la Corte Suprema belga no es legalmente procedente. La razón más obvia, pero aparentemente olvidada, es que no hay vacío alguno que suplir, debido a que el artículo 79 de la CISG contiene una regulación exhaustiva en torno a las soluciones que deben otorgarse en caso de un

impedimento fuera del control de las partes.²²⁹ Dicho de otra forma, si se interpreta que una situación de excesiva onerosidad califica como un impedimento bajo el artículo 79 de la CISG, no tiene sentido luego argumentar que tal situación no está regulada. En las palabras del profesor estadounidense Harry M. Flechtner, la Corte “alucinó” un vacío en la CISG.²³⁰ Como se señaló arriba, la consecuencia principal del artículo 79 de la CISG es la exoneración de responsabilidad en el pago de daños y perjuicios a favor de la parte afectada por el impedimento, y no hay motivos para buscar otras.

En caso de que la pretensión de la parte afectada no hubiera podido otorgarse de conformidad con el artículo 79 de la CISG, la Corte no se la debió haber concedido, ya que estaba aplicando este artículo. Desde mi perspectiva, el hecho de que la solución de liberación de responsabilidad que contiene el artículo 79 no se asocie tradicionalmente con la *doctrina jurídica* de excesiva onerosidad, no debería de ser relevante. Después de todo, la Corte estaba subsumiendo una *situación fáctica* de excesiva onerosidad dentro de la calificación jurídica del artículo 79. El hecho de que algunas leyes ajenas a la Convención le den un tratamiento distinto a ese tipo de situaciones fácticas (las de excesiva onerosidad) no tiene relevancia legal, especialmente considerando el carácter internacional y la autonomía de la Convención. La importancia de este punto no es menor. Si cada tribunal determinara que hay un vacío o una laguna en la CISG cuando no encuentra los remedios de su propio derecho en la Convención (aun cuando el tribunal admite que la Convención sí cubre la situación), sería completamente imposible alcanzar las aspiraciones de su aplicación uniforme.²³¹

Posteriormente, la Corte opta por “suplir” este vacío de conformidad con los principios generales de la CISG, tal como establece el artículo 7(2) de la Convención. Excepto por el hecho de que en realidad no existe tal vacío, esta parte del razonamiento de la Corte es

²²⁹ Muñoz y Schwenger, “Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship”, 13; CISG Advisory Council, “Opinion No. 20, Hardship under the CISG”, 39; Flechtner, “The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on 'Hardship' Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court”, 12

²³⁰ Flechtner, “The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on 'Hardship' Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court”, 12

²³¹ Flechtner, “The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on 'Hardship' Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court”, 14

correcta. La Corte luego argumenta que los Principios UNIDROIT “reflejan” los principios generales de la CISG, por lo que son plenamente aplicables a la Convención a través de su artículo 7(2), lo cual merece especial atención. En primer lugar, la Corte no es la primera autoridad en sostener esta posición, que a través de los años se ha convertido en una práctica común a nivel arbitral y judicial²³². No obstante, el argumento que los Principios UNIDROIT representan los principios generales de la CISG es incorrecto y continúa teniendo detractores.²³³ Las razones señaladas por los detractores son numerosas, tal y como se señaló en el Capítulo Segundo. Se resumen algunas de estas razones: hay diferencias entre el contenido de la CISG y los Principios UNIDROIT; los Principios son posteriores a la CISG; los Principios UNIDROIT no son realmente principios; los Principios UNIDROIT son externos a la CISG y ni siquiera fueron elaborados por UNCITRAL, por lo que, de adoptarlos, se estaría violentando la autonomía de la Convención; y, nada indica que los Estados Contratantes tenían la intención de que la CISG fuera integrada o complementada por instrumentos de *soft law*. Si bien es cierto que estas críticas han existido desde hace tiempo, y la práctica ha insistido en ignorarlas (ya que generalmente no se han intentado refutar), considero que es importante corregir este histórico error. Dos eventos recientes pueden ser la clave para inclinar la balanza a favor de los detractores de esta práctica. El primero es que en 2020 el Consejo Asesor de la CISG publicó una nueva opinión consultiva, en la cual criticó la práctica de suplir la CISG a través de los Principios UNIDROIT, insistiendo en la importancia de la autonomía de la Convención y en la necesidad de encontrar soluciones a nivel interno de su texto.²³⁴ Esta opinión por parte del Consejo Asesor puede ser influyente en el futuro y reafirma la procedencia de las críticas existentes. El segundo evento

²³² Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Caso no. 8817; Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Caso no. 8128; Instituto de Arbitraje de los Países Bajos, Laudo provisional del 10 de febrero de 2005; Tribunal de Zwolle (Países Bajos), *CME Coopérative Maritime Etaploise S.A.C.V. v. Bos Fishproducts Urk BV*; Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Caso no. 9117; Bonell, “The CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Two Complementary Instruments”, 117; París Cruz, “La importancia de la interpretación uniforme de la CISG”, 87-88

²³³ Petsche, “Hardship under the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)”, 169-170; Flechtner, “The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on 'Hardship' Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court”, 11; Schwenger, “Interpretation and Gap-Filling under the CISG”, 117

²³⁴ CISG Advisory Council, “Opinion No. 20, Hardship under the CISG”, 24-25, 36, 39

es que una reciente sentencia del Tribunal Supremo de España también rechazó utilizar a los Principios UNIDROIT como principios generales de la CISG.²³⁵

Para utilizar alguna norma de los Principios UNIDROIT en conjunto con el artículo 7(2) de la CISG, se requeriría analizar si la norma en particular es conforme con los principios generales de la Convención.²³⁶ Este ejercicio está completamente ausente del razonamiento que aquí se analiza (y de demás sentencias y laudos con argumentos similares), por lo que se comprueba la necesidad de eliminar esta práctica.

Volviendo a la sentencia bajo análisis, al aplicar los Principios UNIDROIT, la Corte Suprema belga incurre en otro error. Con fundamento en el artículo 6.2.3 de los Principios UNIDROIT, como “principio general” de la CISG, la Corte ordena al comprador que renegocie el contrato con miras a restaurar su equilibrio económico. Curiosamente, el artículo 6.2.3 de los Principios UNIDROIT no faculta al tribunal para ordenar a las partes que renegocien (siendo esta la solución denominada como renegociación). Más bien, pareciera que la renegociación es un derecho a ser ejercido únicamente por las partes (artículos 6.2.3.1 y 6.2.3.3), mientras que la intervención del tribunal podría ser únicamente para resolver el contrato o adaptarlo (artículo 6.2.3.4).²³⁷ Con este razonamiento, se abre un portillo para que otros tribunales integren tres nuevas soluciones a la CISG: renegociación, resolución y adaptación. De estas soluciones, dos no existen del todo en la Convención, mientras que la resolución sí está contemplada en la CISG, pero únicamente para ciertos casos de incumplimiento contractual.²³⁸

²³⁵ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (España), *Ingeniería y Tratamiento de Valorización S.L. v. Econ Industries GmbH*

²³⁶ Flechtner, “The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on 'Hardship' Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court”, 11

²³⁷ Vale aclarar que el Comentario a los Principios UNIDROIT sí se refiere a la posibilidad que el tribunal les ordene a las partes que vuelvan a renegociar; no obstante, es cuestionable que esto no se incluyera en el texto expreso de los Principios. No tiene gran sentido que al finalizar un litigio o arbitraje (al que las partes acudieron porque no fueron capaces de preservar su relación de negocios), se les obligue a volver a renegociar. Además, esto sería contrario a la finalidad de **resolución** de la disputa.

²³⁸ Artículos 49 y 64 de la Convención

B. Caso *Dupiré Invicta Industrie v. Gabo*

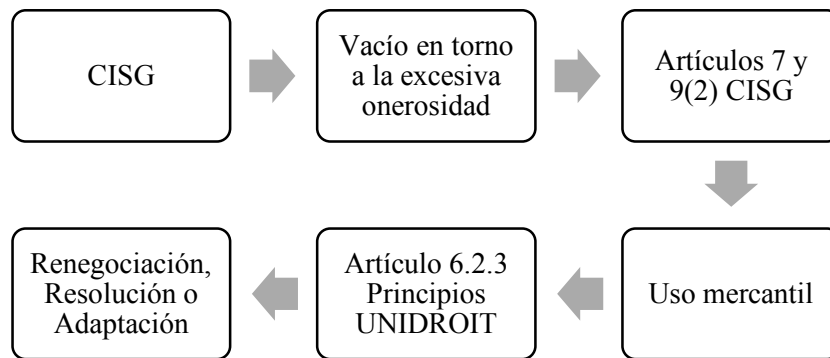
La sentencia de la Corte Suprema de Bélgica ha generado fuertes críticas. No obstante, a pesar de sus errores en la aplicación de la ley, otra decisión judicial de muy alto perfil replicó parcialmente su lógica. En el caso *Dupiré Invicta Industrie v. Gabo*, decidido por la Corte Suprema de Francia, las pretensiones sobre excesiva onerosidad fueron desestimadas por falta de prueba²³⁹. No obstante, la Corte abrió un nuevo portillo para acceder al artículo 6.2.3 de los Principios UNIDROIT a través de la CISG. La Corte interpretó que la Convención no excluía la excesiva onerosidad, pero ante la ausencia de regulación particular, optó por considerar que existía un vacío, el cual suplió a través del artículo 9(2) de la Convención. Dicho artículo dispone lo siguiente:

Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

La Corte encontró que los Principios UNIDROIT calificaban como un uso mercantil en los términos del artículo 9(2) de la CISG. Por lo tanto, concluyó que el artículo 6.2.3 de los Principios UNIDROIT era aplicable al caso. Sin embargo, como ya se mencionó, al no haber probado que había una instancia de excesiva onerosidad, se desestimó la pretensión de la parte afectada. Finalmente, la Corte también fundamentó su decisión en el artículo 7 de la CISG, para excluir la aplicabilidad del derecho doméstico. El razonamiento de la Corte se resume a través del diagrama que se incluye en la siguiente página.

²³⁹ Corte Suprema (Francia), *Dupiré Invicta Industrie v. Gabo*

Razonamiento Corte Suprema Francia



Fuente: elaboración propia

Esta sentencia es menos relevante, puesto que no resolvió a favor de la parte afectada. No obstante, el razonamiento es igualmente preocupante por sus similitudes con el de la Corte Suprema belga. Precisamente, por las semejanzas entre las dos sentencias, una segunda crítica sería redundante. Sin embargo, sí cabe destacar que el estatus de los Principios UNIDROIT como uso mercantil según el artículo 9(2) de la CISG es cuestionable.²⁴⁰

Con base en lo anterior, se concluye que integrar nuevas soluciones para la excesiva onerosidad en la CISG no es legalmente procedente. Considerando estos antecedentes, las secciones posteriores de este Capítulo analizan cada una de las soluciones propuestas en la jurisprudencia y la doctrina, ya sea que se hayan propuesto por medio de integración o que ya consten en el artículo 79 de la CISG.

II. RENEGOCIACIÓN

Partiendo de que la excesiva onerosidad debe ser tratada como un impedimento bajo el artículo 79 de la CISG, la primera solución propuesta es la de renegociación.²⁴¹ Según se ha indicado, la renegociación consiste en que las partes se pongan de acuerdo para ajustar el

²⁴⁰ Muñoz y Schwenger, “Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship”, 13; CISG Advisory Council, “Opinion No. 20, Hardship under the CISG”, 39

²⁴¹ Corte Suprema (Bélgica), *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*; Corte Suprema (Francia), *Dupiré Invicta Industrie v. Gabo*; Artículo 6.2.3.1, Principios UNIDROIT; ICC, “Cláusulas Fuerza Mayor y Hardship 2020”

contrato al cambio de circunstancias que ocurrió. Siempre que la renegociación se dé libre y voluntariamente, no hay ningún inconveniente ni es necesario que el artículo 79 de la CISG juegue rol alguno. Esta solución voluntaria preserva la autonomía de la voluntad y les permite a las partes alcanzar un acuerdo que les beneficie mutuamente.²⁴² Incluso la CISG reconoce expresamente el derecho de las partes de modificar su contrato por mutuo acuerdo.²⁴³ No obstante, esta solución podría ser problemática si se adopta la posición de que renegociar es un deber de las partes, aún en ausencia de una cláusula contractual. Por lo tanto, es esta la solución que merece especial atención.

Debido a que la CISG no menciona expresamente la renegociación como un mecanismo para casos de impedimento según artículo 79, se ha sostenido que esta solución tendría que ser integrada a la Convención por medio del artículo 7(2)²⁴⁴, según el cual, se deben suplir los silencios de conformidad con los principios generales en los que se basa la Convención. Si bien ya se demostró en la sección anterior que en realidad no existe silencio o vacío alguno que llenar, se asume lo contrario para efectos del argumento. En la práctica, la forma de aplicar el artículo 7(2) es examinar cualquier solución propuesta a la luz de los principios generales de la Convención, para determinar su conformidad con ellos. A continuación, se analiza la solución a la luz de los principios de **(A)** Buena fe, y **(B)** Autonomía de la voluntad. Finalmente se afirma la **(C)** Exclusión de la solución propuesta.

A. Análisis según el principio de buena fe

Se examina la solución de renegociación a la luz del principio general de buena fe, reconocido en la doctrina y la jurisprudencia como parte de la CISG.²⁴⁵ Debido a que justamente ciertos autores proponen la buena fe como el fundamento del deber de renegociación²⁴⁶, pareciera

²⁴² Muñoz y Schwenger, “Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship”, 13

²⁴³ Artículo 29, CISG

²⁴⁴ Corte Suprema (Bélgica), *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*

²⁴⁵ Corte de Apelaciones de Hamburgo (Alemania), Caso no. 1 U 167/95; Comisión para la Protección del Comercio Exterior (México), *Dulces Luisi v. Seoul International*

²⁴⁶ CISG Advisory Council, “Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG”; Rimke, “Force majeure and hardship: Application in international trade practice”, 224; Flechtner, “Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG scholars discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, *Nachfrist*, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and much more” 236

que su integración a la Convención no sería problemática. No obstante, se sostiene que debido a la ambigüedad del principio de buena fe y la controversia en torno a sus verdaderos alcances, este análisis es de poca utilidad para un juez o árbitro.²⁴⁷

B. Análisis según el principio de autonomía de la voluntad

Aún si la buena fe apoyara la solución de renegociación, esto no sería suficiente. Se propone que una renegociación forzada no sería conforme con el principio de autonomía de la voluntad reconocido bajo la CISG. La autonomía de la voluntad se considera el “tema dominante” de la CISG, en el entendido que las partes son maestras del contrato.²⁴⁸ Si un tercero obliga a las partes a renegociar, podría generar algunos problemas, debido a que una negociación debe fundamentarse en la confianza mutua entre las partes.²⁴⁹ Volviendo, una vez más, a las palabras del profesor Horn, ninguna sentencia en el mundo podría servir como el punto de partida para una cooperación futura contra la voluntad de una de las partes.²⁵⁰ Asimismo, cuando un tercero presiona a las partes para que se sienten a negociar, esto puede socavar la legitimidad del acuerdo.²⁵¹ Así, la solución no es conforme con la autonomía de la voluntad.

C. Exclusión de la solución propuesta

Por todo lo anterior, una renegociación obligatoria o forzada, no es conforme con los principios generales de la CISG, y por lo tanto, no podría ordenarse bajo la Convención. Se insiste en que las partes pueden libre y voluntariamente entrar a una renegociación o bien, pueden de antemano determinar contractualmente que esta debe ser su primera opción en caso de impedimentos. En la ausencia de una cláusula contractual, no hay mecanismos para ordenar esta solución. No obstante, como se expondrá, bajo las normas existentes de la CISG, hay mecanismos que incentivan la renegociación voluntaria.

²⁴⁷ Rimke, “Force majeure and hardship: Application in international trade practice”, 224-225

²⁴⁸ Kritzer, “General principles of the CISG”

²⁴⁹ Schwenger, “Force majeure and hardship in international sales contracts”, 723

²⁵⁰ Horn, *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, 183

²⁵¹ Deason, “Combinations of Mediation and Arbitration with the Same Neutral: A Framework for Judicial Review” 225

III. RESOLUCIÓN

La segunda solución propuesta es la resolución contractual²⁵² y consiste en que el juez o el tribunal arbitral sea quien resuelva y dé por terminado el contrato, en caso que las partes no logren renegociar exitosamente.²⁵³ Esta solución no es conforme con los principios generales de la CISG y por lo tanto, no se debería de adoptar, de conformidad con el artículo 7(2) de la CISG. Para llegar a esta conclusión, se analiza la solución a la luz de los principios de (A) *Pacta sunt servanda* y *favor contractus*, y (B) Autonomía de la voluntad. Finalmente se afirma la (C) Exclusión de la solución propuesta.

A. Análisis según los principios de *pacta sunt servanda* y *favor contractus*

Vale aclarar en primer lugar que ya la CISG contempla la resolución contractual como una solución a la que tanto el vendedor como el comprador pueden acceder, pero únicamente para casos de incumplimientos graves del contrato (de conformidad con la condición resolutoria implícita por falta de cumplimiento que caracteriza a todo contrato bilateral).²⁵⁴ La doctrina considera esta solución como la más radical o extrema dentro de la Convención, ya que le pone fin al contrato, rompiendo con otros principios generales de la CISG, de *pacta sunt servanda* y *favor contractus*.²⁵⁵ Esto se justifica únicamente en las situaciones calificadas que indica la Convención.

De conformidad con los principios de *pacta sunt servanda* y *favor contractus*, es importante preservar los contratos, por lo que no sería deseable extender la resolución a nuevos supuestos de aplicación.²⁵⁶ Asimismo, no todas las situaciones de excesiva onerosidad calificadas como

²⁵² Artículo 6.2.3.4, Principios UNIDROIT; ICC, “Cláusulas Fuerza Mayor y Hardship 2020”, Cláusula de Onerosidad Excesiva

²⁵³ Artículo 6.2.3.4, Principios UNIDROIT

²⁵⁴ Artículos 49, 64, 25 y concordantes de la Convención

²⁵⁵ Corte Suprema (Suiza), Caso no. 4C.179/1998/odi; Corte Suprema (Austria), Caso no. 3 Ob 193/04k; Kritzer, “General principles of the CISG”; Magnus, “General Principles of UN-Sales Law”; Liu, “Changed Contract Circumstances”

²⁵⁶ Corte Suprema (Suiza), Caso no. 4C.179/1998/odi; Corte Suprema (Austria), Caso no. 3 Ob 193/04k; Kritzer, “General principles of the CISG”; Magnus, “General Principles of UN-Sales Law”; Liu, “Changed Contract Circumstances”; Behn y Peter Berger, “*Force Majeure* and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study”, 125 (“the idea prevailing in international contracting practice [is] that a solution should always be found that avoids the premature termination of the contract by one side, thus making the avoidance of the contract a remedy of last resort”); Peter

un impedimento bajo el artículo 79 de la CISG son de carácter permanente, por lo que soluciones temporales podrían ser más adecuadas, mientras que la resolución no es reversible.

B. Análisis según el principio de autonomía de la voluntad

Por otro lado, hay una diferencia importante entre la resolución en los términos propuestos, y la resolución como se conoce en la CISG. En la CISG, la resolución tiene efectos plenos al ser declarada por la parte que tiene derecho y notificada a la contraparte²⁵⁷, por lo que la intervención de un tercero es innecesaria. Esto refleja el principio de autonomía de la voluntad, siendo evidente el poder que tienen las partes sobre su propio contrato.²⁵⁸ En cambio, la resolución, como se propone para la excesiva onerosidad, le da la autoridad de resolver el contrato al tribunal, quitándosela de las manos a las partes.²⁵⁹ Por esta razón, la solución no es conforme con el principio de autonomía de la voluntad.

C. Exclusión de la solución propuesta

Se concluye con base en lo anterior que la solución de resolución para casos de impedimentos no es conforme con los principios generales de la CISG, y por lo tanto no podría ordenarse bajo la Convención. Esto no excluye la aplicación de esta solución para casos de incumplimiento grave, según disponen los artículos 49, 64, 25 y concordantes de la Convención. Por otro lado, tampoco se excluye que las partes extiendan el ámbito de aplicación de la solución de resolución a través de una cláusula contractual. De esta manera, si las partes así lo desearan, podrían acordar que la resolución sea la solución apropiada en casos de excesiva onerosidad.

Berger, “Adaptation of Long-Term Contracts by International Arbitrators in the Face of Severe Economic Disruptions: Three Salient Problems”, 603-604

²⁵⁷ Artículo 26, CISG

²⁵⁸ Kritzer, “General principles of the CISG”

²⁵⁹ Muñoz y Schwenger, “Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship”, 19

IV. ADAPTACIÓN

La tercera solución propuesta es la adaptación contractual²⁶⁰, la cual consiste en que el juez o tribunal arbitral sea quien adapte o modifique el contrato para restaurar su equilibrio económico.²⁶¹ Esta solución no forma parte de la CISG²⁶² ni es conforme con sus principios generales, por lo que no se debería de adoptar, de conformidad con su artículo 7(2). Para llegar a esta conclusión, se analiza la solución a través de los principios de **(A)** *Pacta sunt servanda* y *favor contractus*, **(B)** Autonomía de la voluntad, y **(C)** Modificación. Finalmente se afirma la **(D)** Exclusión de la solución propuesta.

A. Análisis según los principios de *pacta sunt servanda* y *favor contractus*

Como se ha indicado, el remedio de adaptación es el más controversial a nivel académico y ha generado críticas especialmente en el *Common Law*, donde el apego al principio de que los jueces no deben interferir con el contrato es bastante estricto. A primera vista, podría sostenerse que los principios de la CISG de *pacta sunt servanda* y *favor contractus* no apoyan la solución de adaptación, ya que la solución implica que no se cumplan las promesas originales de las partes, ante la modificación de su contenido a cargo de un tercero. No obstante, una visión alternativa es que la adaptación puede ser la única forma de mantener la vida del contrato, ante la ocurrencia del impedimento que afectó al deudor.²⁶³ Al contrastar la adaptación con otras opciones que darían por terminado el contrato —como la resolución— parece que esta solución sí sería compatible con los principios de *favor contractus* y *pacta sunt servanda*. Aunque las promesas originales no se cumplan al pie de la letra tras la adaptación, mantener la vigencia del contrato hacia el futuro permite afirmar que la solución propuesta es conforme con los principios mencionados. Por lo tanto, bajo esta

²⁶⁰ Artículo 6.2.3.4, Principios UNIDROIT; ICC, “Cláusulas Fuerza Mayor y Hardship 2020”, Cláusula de Onerosidad Excesiva

²⁶¹ Artículo 6.2.3.4, Principios UNIDROIT; ICC, “Cláusulas Fuerza Mayor y Hardship 2020”, Cláusula de Onerosidad Excesiva

²⁶² Rimke, “Force majeure and hardship: Application in international trade practice”, 227

²⁶³ Arroyo, “Change of Circumstances under the CISG”, 34; Behn y Peter Berger, “*Force Majeure* and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study”, 125 (“the idea prevailing in international contracting practice [is] that a solution should always be found that avoids the premature termination of the contract by one side, thus making the avoidance of the contract a remedy of last resort”); Peter Berger, “Adaptation of Long-Term Contracts by International Arbitrators in the Face of Severe Economic Disruptions: Three Salient Problems”, 603-604

novedosa perspectiva, la solución de adaptación sí podría ser compatible con estos principios generales de la CISG.

B. Análisis según el principio de autonomía de la voluntad

A pesar de lo anterior, la solución de adaptación no aprueba el examen del artículo 7(2) de la CISG, puesto que choca frontalmente con otro de los principios generales de la Convención: el de autonomía de la voluntad. Si incluso forzar a las partes a renegociar es contrario al principio de la autonomía de la voluntad (tal como se expuso hace algunos párrafos), lo mismo es cierto, con mayor razón, para el remedio de adaptación.

Las críticas hacia la figura de la adaptación —que ya se expusieron en el Capítulo Primero— son totalmente relevantes en el contexto de la CISG y cobran especial relevancia al considerar que la Convención tiene como “tema dominante” al principio de autonomía de la voluntad.²⁶⁴ Básicamente, la mayor crítica es que la adaptación violenta la autonomía de la voluntad al quitarle de las manos a las partes lo que ellas mismas podrían hacer mejor²⁶⁵ (y si no pudieron, probablemente sea porque no es posible o comercialmente deseable). Por otro lado, si las partes deben continuar ejecutando un contrato cuyos nuevos términos fueron impuestos por un tribunal, podrían surgir más conflictos sobre la marcha, y difícilmente el contrato sería exitoso.²⁶⁶ Por lo tanto, el remedio de adaptación no es admisible bajo las reglas de integración de la CISG. Las cosas serían diferentes si las partes, bajo su propia autonomía, habilitan contractualmente un mecanismo de adaptación a cargo de terceros.

Excepcionalmente, se podría argumentar que el argumento anterior cambiaría en casos de adaptación retroactiva, en los que el deudor afectado primero cumple con el contrato, y luego busca que se modifiquen sus términos mediante el aumento del precio para compensar la ocurrencia del impedimento que afectó el equilibrio de las prestaciones. En estos casos, se

²⁶⁴ Kritzer, “General principles of the CISG”

²⁶⁵ Brunner, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, 500; Muñoz y Schwenzer, “Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship”, 19; CISG Advisory Council, “Opinion No. 20, Hardship under the CISG”, 37

²⁶⁶ Horn, *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, 183

considera que no habría vulneración al principio de autonomía de la voluntad, puesto que el remedio de adaptación operaría más como una orden de pagar una suma de dinero a favor de la parte afectada, y las partes no tendrían que continuar cooperando hacia el futuro bajo el contrato cumplido. Por lo tanto, hipotéticamente hablando, este tipo de adaptación sí podría ser conforme con los principios generales de la CISG. No obstante, es fundamental aclarar que esta excepción es únicamente hipotética y teórica, puesto que en realidad no existe un vacío que requiera ser suplido mediante nuevos remedios distintos a los que dispone el artículo 79 de la CISG.

C. Análisis según el principio de modificación

El profesor alemán Peter Schlechtriem propuso en un taller académico la idea de derivar un principio general de modificación a partir del artículo 50 de la CISG.²⁶⁷, el cual dispone lo siguiente:

Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato.

Debido a que el artículo 50 permite al comprador reducir el precio en caso de que reciba mercadería defectuosa, la propuesta consiste en derivar, a partir de este derecho, un principio de modificación de los contratos.²⁶⁸ De conformidad con este principio, la solución de adaptación sería bienvenida a la CISG. No obstante, la existencia de este principio ha sido refutada de manera convincente por el Consejo Asesor de la CISG.²⁶⁹ Agregando a esto, la *ratio legis* del artículo 50 no parece ser aplicable a situaciones de impedimento. El artículo

²⁶⁷ Flechtner, “Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG scholars discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, *Nachfrist*, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and much more”, 237

²⁶⁸ Flechtner, “Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG scholars discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, *Nachfrist*, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and much more”, 237

²⁶⁹ CISG Advisory Council, “Opinion No. 20, Hardship under the CISG”, 37-38

50 simplemente busca compensar al comprador por la calidad defectuosa de las mercaderías que recibió, por lo que su aplicabilidad a situaciones de eventos sobrevinientes es cuestionable. Por lo tanto, este principio no puede ser el fundamento para afirmar la procedencia de la solución de la adaptación.

D. Exclusión de la solución propuesta

Como consecuencia de lo anterior, la solución de adaptación debe ser generalmente rechazada bajo la CISG, debido a que no es conforme a los principios generales de la Convención, de conformidad con el artículo 7(2). No obstante, si las partes habilitan un mecanismo de adaptación voluntariamente, el tribunal estaría facultado para ordenar el ajuste del contrato.

V. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD

La cuarta solución propuesta es la exoneración de responsabilidad por el incumplimiento.²⁷⁰ Después de este largo recorrido, en el que todas las soluciones propuestas han sido rechazadas, esta sección regresa al propio texto del artículo 79, para buscar ahí la solución correcta para las situaciones de excesiva onerosidad que califiquen como impedimento bajo la Convención. Esta opción ha sido descartada por parte de la doctrina y jurisprudencia²⁷¹, simplemente porque no calza con la forma en que estos operadores consideran que se debe tratar la excesiva onerosidad (visión que está indudablemente influenciada por su derecho doméstico).²⁷² Sin embargo, a través de este análisis, se afirma la procedencia y conveniencia de esta solución para eventos de excesiva onerosidad que califiquen como impedimento bajo el artículo 79 de la CISG. Para lograr lo anterior, se tratan los siguientes temas: **(A)** La solución del artículo 79 CISG frente a situaciones de excesiva onerosidad, y **(B)** Afirmación de la solución propuesta.

²⁷⁰ Artículo 79, CISG

²⁷¹ Corte Suprema (Francia), *Dupiré Invicta Industrie v. Gabo*; Corte Suprema (Bélgica), *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*; CISG Advisory Council. “Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG”

²⁷² Flechtner, “The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on 'Hardship' Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court”, 12

A. La solución del artículo 79 CISG frente a situaciones de excesiva onerosidad

Se señaló en el Capítulo Segundo que de conformidad con el artículo 79 de la CISG, una parte afectada por un impedimento está exonerada o liberada de responsabilidad por el pago de daños y perjuicios ante un incumplimiento²⁷³ y tampoco puede ser obligada a cumplir vía ejecución forzosa.²⁷⁴ Asimismo, se señaló que en caso de que el impedimento sea temporal, la exoneración tiene efectos temporales.²⁷⁵

Al aplicar esta solución a una situación de excesiva onerosidad que califique como impedimento, el resultado es que la parte afectada por la excesiva onerosidad no puede ser obligada a pagar daños y perjuicios ni a cumplir con su respectiva prestación, en caso de incumplimiento (mientras el impedimento persista).²⁷⁶ Las demás consecuencias del artículo 79 de la CISG también son aplicables. Estas soluciones son las que constan en el texto expreso de la norma, por lo que para llegar a esta conclusión, no se requiere ninguna integración o interpretación utilizando el artículo 7 de la Convención.

La razón por la que la exoneración ha sido descartada por parte de la doctrina y la jurisprudencia es porque esta solución típicamente se asocia con la doctrina de fuerza mayor, mientras que la doctrina de excesiva onerosidad normalmente se asocia con otras soluciones (renegociación, resolución y/o adaptación).²⁷⁷ Se ha argumentado que la solución de exoneración es inadecuada para la excesiva onerosidad²⁷⁸. No obstante, estas consideraciones inspiradas en leyes domésticas e instrumentos internacionales son irrelevantes, al no reflejar la autonomía y el carácter internacional de la CISG, pero sobre todo, al ignorar la literalidad

²⁷³ Perales Viscasillas, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)* [“la exoneración de responsabilidad sólo lo es en relación con los daños y perjuicios, pero no en relación a cualesquiera otras acciones que se puedan demandar por incumplimiento (reducción del precio, intereses o cumplimiento específico, por ejemplo)”]; Petsche, “Hardship under the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)”, 161; Schwenger, “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”, 722; CISG Advisory Council, “Opinion No. 20, Hardship under the CISG”, 28

²⁷⁴ Ishida, “CISG Article 79: Exemption of Performance, and Adaptation of Contract through Interpretation of Reasonableness - Full of Sound and Fury, but Signifying Something”, 449-451; CISG Advisory Council, “Opinion No. 20, Hardship under the CISG”, 28-30

²⁷⁵ Artículo 79(3), CISG

²⁷⁶ CISG Advisory Council, “Opinion No. 20, Hardship under the CISG”, 28

²⁷⁷ Artículo 6.2.3, Principios UNIDROIT

²⁷⁸ Petsche, “Hardship under the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)”, 161

de la Convención, la cual indica cuál debe ser la solución para todo tipo de impedimentos bajo el artículo 79. Sin embargo, aún si este tipo de discusiones en torno a la idoneidad de la solución de exoneración fueran relevantes, un análisis desde una perspectiva práctica revela que la exoneración es, en cualquier caso, un remedio adecuado.

En la práctica, la existencia del derecho a la exoneración a favor de la parte afectada puede actuar como un incentivo fuerte para que la parte beneficiada por el cambio de circunstancias se disponga a renegociar. Así, en vez de quedarse con las manos vacías ante un posible incumplimiento, puede reajustar los términos del contrato de tal forma que el resultado sea satisfactorio para ambas partes. Al considerar que la renegociación voluntaria es la mejor alternativa para situaciones de excesiva onerosidad, el valor de la solución de exoneración es evidente. Así, la exoneración es un arma en las manos de la parte afectada por el impedimento que puede conducir a las partes a una renegociación efectiva.

Por otro lado, si la renegociación es inviable, a la parte originalmente beneficiada por el cambio de circunstancias, pero luego afectada por el incumplimiento y exoneración de su contraparte, también le asisten varios derechos (distintos de exigir daños y perjuicios). Según el artículo 79(5) de la CISG, “[n]ada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del de exigir la indemnización de los daños y perjuicios”. Por lo tanto, ante el incumplimiento o posible incumplimiento, la parte podría respectivamente declarar la resolución del contrato²⁷⁹ o suspender la ejecución de sus prestaciones temporalmente.²⁸⁰ Con esto se comprueba que la exoneración es un remedio apropiado para este tipo de instancias que además provee flexibilidad para diferentes situaciones.

Finalmente, es importante aclarar otro tema que se ha prestado para discusión en la doctrina. Bajo algunas leyes domésticas e instrumentos internacionales, se sostiene que en caso de excesiva onerosidad, la parte afectada no tiene derecho a suspender su cumplimiento y debe continuar con la ejecución de sus prestaciones aún si solicita una renegociación del

²⁷⁹ Artículos 49, 64, 25 y concordantes de la CISG

²⁸⁰ Artículo 71, CISG

contrato.²⁸¹ Si bien esto puede ser cierto bajo esos instrumentos, es irrelevante bajo la CISG, debido a que la Convención tiene su propia regulación para situaciones de excesiva onerosidad, bajo la doctrina de impedimento en el artículo 79. Justamente, estando exonerada de pagar daños y perjuicios en caso de incumplimiento, la parte afectada por un impedimento tiene el derecho de suspender la ejecución de sus prestaciones mientras persista el impedimento.

B. Afirmación de la solución propuesta

Se afirma con base en todo lo anterior, que la exoneración de responsabilidad es la solución legalmente correcta y adecuada para instancias de excesiva onerosidad en la CISG. Esta posición actualmente tiene el respaldo de varios autores y del Consejo Asesor de la CISG, además de constar en el texto expreso del artículo 79.²⁸² A pesar de lo anterior, puede ser cierto que ante la novedad y actualidad de las discusiones aquí desarrolladas, no haya gran seguridad jurídica para las partes, existiendo la posibilidad que los jueces o árbitros se rehúsen a aplicar el artículo 79 de la CISG como se debe e insistan a buscar soluciones externas a la CISG (ya sea basadas en principios generales, en instrumentos internacionales o en derecho doméstico). Por lo anterior, a pesar de que se afirma la procedencia de la solución propuesta, se recomienda la adopción de cláusulas contractuales para garantizar una mayor seguridad jurídica.

VI. SOLUCIONES CONTRACTUALES

Finalmente, se propone regular las soluciones para la excesiva onerosidad de manera contractual. A pesar de la procedencia del remedio de exoneración de responsabilidad bajo la CISG, las soluciones acordadas por las partes siempre serán la mejor solución. Por lo tanto, se desarrollan los siguientes temas: **(A)** Procedencia y conveniencia de regular el tema contractualmente, **(B)** Consejos prácticos y cláusulas modelo, y **(C)** Afirmación de la solución propuesta.

²⁸¹ Perillo, “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 21; Artículo 1195, Código Civil de Francia; Artículo 6.2.3.2, Principios UNIDROIT

²⁸² CISG Advisory Council, “Opinion No. 20, Hardship under the CISG”, 28-29; Muñoz y Schwenger, “Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship”, 22-23

A. Procedencia y conveniencia de regular el tema contractualmente

En primer lugar, la redacción de cláusulas sobre eventos de excesiva onerosidad se considera una práctica indispensable en los contratos de compraventa internacional desde hace tiempo.²⁸³ Esto permite dar mucha mayor claridad a las partes y eventualmente, al tribunal que interprete el contrato en una disputa, sobre los derechos y alcances que cada una tiene. En el contexto de la CISG, donde la autonomía de las partes permite modificar, restringir o excluir la aplicación de la propia Convención (según el artículo 6), la incorporación de cláusulas sobre excesiva onerosidad puede desplazar la aplicación del artículo 79 de la CISG a modo de *lex specialis*.²⁸⁴ Así, la cláusula puede ser tan detallada o sofisticada como el negocio particular requiera, a diferencia del artículo 79 de la CISG, que si bien es efectivo, tiene una vocación general. El acuerdo de partes legitimaría cualquiera de las soluciones propuestas para la excesiva onerosidad.

B. Recomendaciones y cláusulas modelo

A continuación, se exponen una serie de recomendaciones por considerar al redactar un contrato de compraventa internacional de mercaderías. En primer lugar, se recomienda que las partes tengan cláusulas independientes para fuerza mayor y para excesiva onerosidad. Si bien, estas dos categorías de eventos sobrevinientes tienen puntos en común y pueden ser tratadas unitariamente por el artículo 79 en el caso de la CISG, una regulación contractual por separado asegura mayor seguridad jurídica.

Por otro lado, se recomienda que el punto de partida para la cláusula sobre excesiva onerosidad sea una cláusula modelo sobre la cual las partes puedan discutir puntos en específico, incorporar y/o excluir riesgos. La cláusula modelo sobre onerosidad excesiva de

²⁸³ Rimke, “Force majeure and hardship: Application in international trade practice”, 199; Perillo, “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 11; Perales Viscasillas, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)*; Párrafo 2, Comentario al Artículo 6.2.1, Principios UNIDROIT.

²⁸⁴ Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Ucrania, Caso No. 218y/2011; Huber y Mullis, *The CISG: a new textbook for students and practitioners*, 259; Bund, “Force majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner”, 405.

la ICC, en su edición 2020²⁸⁵ (transcrita parcialmente en el Capítulo Primero) se recomienda por reflejar varios estándares internacionales y responder al contexto actual, aunque también requiere ciertos ajustes. Estos aspectos se mencionan a continuación. Primero, la cláusula establece la regla general de *pacta sunt servanda*, lo cual genera seguridad para las partes.²⁸⁶ Segundo, la cláusula contiene una definición de excesiva onerosidad consistente con la mayoría de instrumentos internacionales y leyes domésticas.²⁸⁷ Si las partes tienen una necesidad de mayor detalle, pueden incluir un nuevo apartado a la cláusula donde establezcan, ya sea ilustrativa o taxativamente, cuáles eventos se deben considerar como excesiva onerosidad. En el contexto actual de pandemia, puede ser importante incluir ciertos eventos relacionados como causales de excesiva onerosidad, porque de lo contrario se podría interpretar que son riesgos previsible, conocidos y asumidos por las partes. En tercer lugar, la cláusula modelo prioriza la renegociación, al establecerla como la primera solución y una obligación de las partes.²⁸⁸ Si bien la renegociación es una solución generalmente idónea, puede ocurrir que en ciertos contratos no haya posibilidades de renegociar exitosamente. Si las partes quieren evitar la posibilidad de ser forzadas a renegociar cuando no hay prospectos de alcanzar un acuerdo, podrían agregar la aclaración que la obligación de renegociar no puede ser exigida por el tribunal. Como una alternativa, el tribunal podría tomar en cuenta el incumplimiento de esta obligación en el caso de otorgar daños y perjuicios. Por otro lado, puede ser deseable ligar la etapa de renegociación con la cláusula de resolución de disputas, especialmente si se trata de una cláusula escalonada que contempla la mediación o conciliación.²⁸⁹ Como cuarto aspecto sobre la cláusula, su redacción da un margen de elección amplio para las partes en torno a las soluciones restantes, en caso de que las renegociaciones fracasen.²⁹⁰ Al redactar la cláusula, las partes pueden elegir entre las

²⁸⁵ ICC, “Cláusulas Fuerza Mayor y Hardship 2020”, Cláusula de Onerosidad Excesiva

²⁸⁶ ICC, “Cláusulas Fuerza Mayor y Hardship 2020”, Cláusula de Onerosidad Excesiva, Apartado 1

²⁸⁷ ICC, “Cláusulas Fuerza Mayor y Hardship 2020”, Cláusula de Onerosidad Excesiva, Apartado 2A (“el cumplimiento de sus obligaciones contractuales ha devenido excesivamente gravoso debido a un hecho fuera de su control razonable, que no era razonablemente previsible que se hubiera tenido en cuenta al tiempo de la celebración del contrato”).

²⁸⁸ ICC, “Cláusulas Fuerza Mayor y Hardship 2020”, Cláusula de Onerosidad Excesiva, Apartado 2B (“las partes estarán obligadas, dentro de un plazo razonable desde que esta Cláusula sea invocada, a negociar condiciones contractuales alternativas que permitan razonablemente superar las consecuencias del hecho”).

²⁸⁹ CISG Advisory Council, “Opinion No. 20, Hardship under the CISG”, 11-12

²⁹⁰ ICC, “Cláusulas Fuerza Mayor y Hardship 2020”, Cláusula de Onerosidad Excesiva, Apartado 3

soluciones de resolución de parte, resolución a cargo del tribunal y, resolución y adaptación (ambas a cargo del tribunal), según sus preferencias.²⁹¹ Este margen es una ventaja al negociar entre empresas y asesores legales de diferentes tradiciones jurídicas.

Un posible problema de esta cláusula modelo en contratos regidos por la CISG, tiene que ver con el derecho de la parte afectada por la excesiva onerosidad de suspender la ejecución del contrato. En este punto la cláusula es omisa. Ante la posibilidad de que un tribunal considere que la cláusula debe prevalecer *en un todo* sobre el artículo 79 de la CISG, pareciera que la parte afectada no tendría derecho a suspender su cumplimiento, incluso mientras se renegocia el contrato. Antes de llegar a un litigio o arbitraje, este punto podría generar un desacuerdo entre las partes. Por lo tanto, lo idóneo sería definir expresamente si las partes tienen la intención de derogar en particular la aplicación del artículo 79 de la Convención o si bien, ambas normas (la cláusula y el artículo 79) se deben complementar. Desde mi punto de vista, la mejor opción sería excluir el artículo 79, puesto que las soluciones que contiene el artículo son distintas de las que contiene la cláusula modelo. Aun derogando el artículo 79, las partes podrían establecer en la cláusula que la parte afectada tiene el derecho de suspender el cumplimiento mientras se renegocia o durante una disputa a nivel judicial/arbitral.

Finalmente, se recomienda a las partes que durante la negociación del contrato, evalúen la esfera de riesgos que están asumiendo como un todo y no solo con respecto a las cláusulas sobre excesiva onerosidad y fuerza mayor. Aunque las partes negocien una cláusula sobre excesiva onerosidad efectiva, la parte afectada no podría invocarla si la circunstancia sobrevenida que se materializó formaba parte de su esfera de control/riesgo. Al realizar este análisis, las partes deben considerar todas las cláusulas contractuales, los INCOTERMS acordados y sus alcances (si es del caso), la aplicabilidad de usos y costumbres, y finalmente, las normas de la CISG sobre distribución de riesgos.

²⁹¹ ICC, “Cláusulas Fuerza Mayor y Hardship 2020”, Cláusula de Onerosidad Excesiva, Apartado 3

C. Afirmación de la solución propuesta

Al analizar lo propuesto, se afirma que las soluciones contractuales constituyen la mejor manera de tratar los eventos de excesiva onerosidad, por lo que siempre se recomienda redactar cláusulas a tal efecto.

VII. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO TERCERO

Después de analizar las soluciones para excesiva onerosidad de renegociación, adaptación y resolución contractual, se concluye que deben ser rechazadas bajo la CISG. Por otro lado, al analizar la solución de exoneración de responsabilidad por incumplimiento, se afirma su procedencia y razonabilidad, de conformidad con el artículo 79 de la CISG. Finalmente, ante la posibilidad de contar con una regulación más detallada y que brinde mayor certeza ante el contexto actual, se analiza y afirma la procedencia de soluciones contractuales por medio de redacción de cláusulas en contratos regidos por la CISG. Se confirma que para aquellos casos donde las partes no se hayan protegido a través de cláusulas contractuales, la CISG juega un rol importante como norma supletoria en eventos de excesiva onerosidad.

CONCLUSIONES GENERALES

Esta investigación demuestra que las situaciones de excesiva onerosidad tienen su propio régimen y tratamiento en la CISG, bajo la figura del impedimento y el artículo 79 de la CISG. La respuesta de la CISG en este aspecto no podría ser otra, ante la tendencia internacional de proteger a deudores afectados por excesiva onerosidad y la pandemia global COVID-19.

Tomando en cuenta la existencia del artículo 79 de la Convención y su plena aplicabilidad a situaciones de excesiva onerosidad, no es procedente ni necesario buscar soluciones externas a través de integración. Por lo anterior, las soluciones de renegociación, adaptación y resolución —externas a la CISG— deben rechazarse a menos que una cláusula contractual las habilite. Incluso si existiera un vacío en torno a los remedios para la excesiva onerosidad en la CISG, estas soluciones propuestas no aprobarían en la mayoría de los casos el examen de integración dictado por el artículo 7(2) de la Convención.

Por otro lado, la solución de exoneración o liberación de responsabilidad por incumplimiento que se encuentra en el artículo 79 de la CISG es legalmente procedente, y además es adecuada para cubrir eventos de excesiva onerosidad. A pesar de lo anterior, si las partes desean garantizarse una mayor protección y seguridad jurídica, la solución ideal es la vía contractual, donde se pueden redactar cláusulas tan detalladas y sofisticadas como las partes requieran. De esta manera, las partes pueden incluir únicamente las soluciones (renegociación, resolución, adaptación o exoneración) que les parezcan más apropiados.

La importancia de optar por la vía contractual se hace más evidente al considerar el debate académico en torno al artículo 79 de la CISG y su carácter general. Ante esto, se recomienda siempre regular la excesiva onerosidad en el contrato, tomando en cuenta las consideraciones prácticas incluidas en el Capítulo Tercero de la investigación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

Brunner, Christoph. *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009.

García Cacaruel, Manuel. *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*. Madrid: Dykinson, 2014.

Horn, Norbert. *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*. Deventer: Kluwer Law International, 1985. Consultado el 30 de julio de 2020. <https://www.trans-lex.org/130400>

Huber, Peter y Alastair, Mullis. *The CISG: A new textbook for students and practitioners*. Sellier European Law Publishers, 2007.

Kotz, Hein y Zweigert, Konrad. *Introduction to Comparative Law*. Traducido por Tony Weir. Nueva York: Oxford University Press, 1998.

Lookofsky, Joseph M. *Understanding the CISG in the USA*. Kluwer Law International, 2004. Consultado el 3 de agosto de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990324g1.html>

Martínez Cañellas, Anselmo. *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980*. Granada: Comares, 2004.

Moreno Rodríguez, José Antonio. *Derecho aplicable y arbitraje internacional*. Pamplona: Aranzadi, 2014.

Schlechtriem, Peter y Butler, Petra. *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*. Heidelberg: Springer, 2009.

Capítulos de un libro

Anway, Stephen P. y von Mehren, George M. “The Evolution of Natural Gas Price Review Arbitrations”, en *Guide to Energy Arbitration*, editado por J William Rowley QC, 175-184. Londres: Law Business Research Ltd., 2017.

Felemegas, John. “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation”, en *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2000-2001*, 115-265. Zuidpoolingel: Kluwer Law International, 2002. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas.html>

Kazimierska, Anna. “The Remedy of Avoidance under the Vienna Convention on the International Sale of Goods”, en *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1999-2000*, 79-192. Springer Netherlands, 2001.

Köhler, H. “Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung”, en *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band I, Bürgerliches Recht*. Editado por C.W. Canaris y A. Heldrich. Múnich: C.H. Beck, 2000.

Peter, Wolfgang y Greineder, Daniel. “Conflicts between Expert Determination Clauses and Arbitration Clauses”, en *The Guide to M&A Arbitration*, editado por Amy C. Kläsener, 27-39. Londres: Law Business Research Ltd., 2018.

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 (CISG) 1999-2000, 197-243. Zuidpoolsingel: Kluwer Law International, 2001. Consultado el 30 de julio de 2020. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>

Schwenzer, Ingeborg. “Interpretation and Gap-Filling under the CISG” en *Current Issues in the CISG and Arbitration*, editado por Ingeborg Schwenzer, Yesim Atamar y Petra Butler, 109-118. La Haya: Eleven International Publishing, 2014.

Schwenzer, Ingeborg y Hachem, Pascal. “The Scope of the CISG Provisions on Damages” en *Contract Damages – Domestic and International Perspectives*, editado por Djakhongir Saidov y Ralph Cunnington, 91-105. Oxford: Hart Publishing, 2008.

Artículos académicos

Benoiel, Uri. “The Impossibility Doctrine in Commercial Contracts: An Empirical Analysis”. 85 *Brooklyn Law Review*, No. 2 (2020): 393-420. Consultado el 30 de julio de 2020. <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol85/iss2/3>

Behn, Daniel y Peter Berger, Klaus. “Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study”. 6 *McGill Journal of Dispute Resolution*, No. 4 (2019-2020): 79-130.

Bonell, Michael Joachim. “The CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Two Complementary Instruments”. 10 *International Law Review of Wuhan University* (2000-2001): 100-117. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell1.pdf>

Bund, Jennifer M. “Force majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner”. 17 *Journal of Law and Commerce* (1998): 381-413. Consultado el 30 de julio de 2020. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bund.html>

Chung, Gordon. “A Comparative Analysis of the Frustration Rule: Possibility of Reconciliation Between Hong Kong-English ‘Hands-off Approach’ and German ‘Interventionist Mechanism’”. 25 *European Review of Private Law*, No. 1 (2017): 109-142. Consultado el 30 de julio de 2020. <https://www.researchgate.net/publication/317062813>

Deason, Ellen E. “Combinations of Mediation and Arbitration with the Same Neutral: A Framework for Judicial Review”. 5 *Yearbook in Arbitration and Mediation* (2013): 219-249. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://elibrary.law.psu.edu/arbitrationlawreview>

DiMatteo, Larry. “Contractual Excuse Under the CISG: Impediment, Hardship, and the Excuse Doctrines”. 27 *Pace International Law Review*, No. 1 (2015): 258-305. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol27/iss1/5>

Flambouras, Dionysios P. “The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis”. 13 *Pace International Law Review*, no. 2 (2001): 261-293. Consultado el 30 de julio de 2020. <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html>

Flechtner, Harry M. “Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG scholars discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, *Nachfrist*, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and much more”. 18 *Journal of Law & Commerce* (1999): 191-258. Consultado el 30 de julio de 2020. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/workshop.html>

González Calderón, Jorge Arturo, y Alvarado Andrade, Valeria. “A Test for Disgorgement under the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)”. 10 *Revista Costarricense de Derecho Internacional*, no. 1 (2020): 66-83

Hernández, Juan Pablo. “CISG hardship exemption in the time of COVID-19”. *The Treaty Examiner*, no. 2 (2020): 71-79. Consultado el 30 de julio de 2020. <https://treatyexaminer.com/cisg-hardship-exemption/>

Komarov, Alexander S. “Internationality, Uniformity and Observance of Good Faith as Criteria in interpretation of CISG: some remarks on article 7(1)”. *25 Journal of Law and Commerce* (2005-2006): 75-85

Kuster, David y Andersen, Camilla Baasch. “Hardly Room for Hardship — A Functional Review of Article 79 of the CISG”. *35 Journal of Law and Commerce*, no. 1 (2016): 1-20. Consultado el 30 de julio de 2020. <https://doi.org/10.5195/jlc.2016.116>

Lautenschlager, Felix. “Current Problems Regarding the Interpretation of Statements and Party Conduct under the CISG - The Reasonable Third Person, Language Problems and Standard Terms and Conditions”, *11 Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, no. 2 (2007): 259-290. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/lautenschlager.html>

Magnus, Ulrich. “The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG – General Remarks and Special Cases” *25 Journal of Law and Commerce* (2005-2006): 423-436. Consultado el 30 de julio de 2020. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus2.html>

Muñoz, Edgardo y Schwenzer, Ingeborg. “Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship”. *24 Uniform Law Review*, no. 1 (2019): 149-174. Consultado el 30 de julio de 2020. <https://doi.org/10.1093/ulr/unz009>

París Cruz, Mauricio. “La importancia de la interpretación uniforme de la CISG”, *6 Revista Costarricense de Derecho Internacional*, no. 1 (2017): 75-90. Consultado el 30 de julio de 2020. <https://vlex.co.cr/vid/importancia-interpretacion-uniforme-cisg-698300261>

Pérez Vargas, Víctor. “La excesiva onerosidad sobreviniente, desde la perspectiva del Derecho Comparado”. 116 *Revista Judicial* (junio 2015): 301-315.

Perillo, Joseph. “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”. 5 *Tulane Journal of International and Comparative Law* (1997): 5-28. Consultado el 30 de julio de 2020. https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/783

Peter Berger, Klaus. “Adaptation of Long-Term Contracts by International Arbitrators in the Face of Severe Economic Disruptions: Three Salient Problems”. 37 *Journal of International Arbitration*, no. 5 (2020): 589–606

Petsche, Markus. “Hardship under the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)”. 19 *The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* (2015): 147-2014. Consultado el 3 de enero de 2020. <https://unov.tind.io/record/65290?ln=es>

Puelinckx, A.H. “Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances”. *Journal of International Arbitration*, no. 2 (1986): 47-66. Consultado el 3 de enero de 2020. <https://www.translex.org/128100>

Saidov, Djakhongir. “Cases on CISG Decided in the Russian Federation”. 7 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* (2003): 1-62. Consultado el 3 de agosto de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov1.html>

Schwenzer, Ingeborg. “Force majeure and hardship in international sales contracts”. 39 *Victoria University of Wellington Law Review* (2008): 709-726. Consultado el 3 de enero de 2020. <https://doi.org/10.26686/vuwlr.v39i4.5487>.

Conferencias

Bergsten, Eric E. “Thirty-Five Years of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Expectations and Deliveries”. Trabajo presentado en el panel Thirty-Five Years of Uniform Sales Law: Trends and Perspectives, celebrado en la Sesión 48 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Uniforme, Viena, Austria, 6 de julio de 2015. Consultado el 3 de enero de 2020. https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/35_Years_of_Uniform_Sales_Law-E.pdf

Butler, Petra. “The CISG - the tool for the successful participation of businesses in global trade”. Trabajo presentado en el congreso The CISG at Middle Age Conference, Universidad de Pittsburgh, Pensilvania, Estados Unidos, 22-23 de marzo, 2019.

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”. Trabajo presentado en la conferencia sobre la CISG, Universidad de Belgrado, Serbia, noviembre, 2010. Consultado el 3 de enero de 2020. https://www.researchgate.net/publication/228184608_The_Exemption_Provisions_of_the_Sales_Convention_Including_Comments_on_'Hardship'_Doctrine_and_the_19_June_2009_Decision_of_the_Belgian_Cassation_Court

Loh, Quentin. “Perspectives on Harmonizing Transnational Commercial Law”. Trabajo presentado en el panel Thirty-Five Years of Uniform Sales Law: Trends and Perspectives, celebrado en la Sesión 48 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Uniforme, Viena, Austria, 6 de julio de 2015. Consultado el 3 de enero de 2020. https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/35_Years_of_Uniform_Sales_Law-E.pdf

Sitios web

Buncombe, Andrew. “Coronavirus: Cost of ventilators soars from \$25,000 to \$45,000 due to surge in demand, says New York governor”. The Independent. Consultado el 30 de julio de 2020. <https://www.independent.co.uk/news/world/americas/coronavirus-ventilator-new-york-cases-andrew-cuomo-price-cost-a9431861.html>

CISG Advisory Council. “Opinion No. 4, Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG)”. Pace Law School Institute of International Commercial Law. Ponente, Pilar Perales Viscasillas. Consultado el 30 de julio de 2020. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op4.html>

CISG Advisory Council. “Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG”. Pace Law School Institute of International Commercial Law. Ponente, Alejandro Garro. Consultado el 30 de julio de 2020. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>

CISG Advisory Council. “Opinion No. 20, Hardship under the CISG”. Ponente, Edgardo Muñoz. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://cisgac.com/opinion-no20-hardship-under-the-cisg/>

Flechtner, Harry M. “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale Of Goods”. United Nations Audiovisual Library of International Law. Consultado el 30 de julio de 2020. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ccisg/ccisg_e.pdf

ICC. “Cláusulas Fuerza Mayor y Hardship 2020”. ICC Spain. Consultado el 30 de julio de 2020. <https://www.iccspain.org/clausulas-fuerza-mayor-de-la-icc/>

International Trade Center. “ITC Model Contract for an International Commercial Agency 2010”. Model Contracts for Small Firms: Legal Guidance for Doing International Business.

Consultado el 30 de julio de 2020.
<https://www.intracen.org/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=37603>

International Trade Center. “ITC Model Contract for the International Commercial Sale of Goods 2010”. Model Contracts for Small Firms: Legal Guidance for Doing International Business. Consultado el 30 de julio de 2020.
<https://www.intracen.org/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=37603>

International Trade Center. “ITC Model Contract for the International Distribution of Goods 2010”. Model Contracts for Small Firms: Legal Guidance for Doing International Business. Consultado el 30 de julio de 2020.
<https://www.intracen.org/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=37603>

Kritzer, Albert H. “General principles of the CISG”. Pace Law School Institute of International Commercial Law. Consultado el 30 de julio de 2020.
<https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/principles7.html>

Liu, Chengwei. “Changed Contract Circumstances”. Pace Law School Institute of International Commercial Law. Consultado el 30 de julio de 2020.
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu5.html>

Magnus, Ulrich. “General Principles of UN-Sales Law”. Pace Law School Institute of International Commercial Law. Consultado el 30 de julio de 2020.
<https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html>

UNCITRAL. “Status: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG)”. Texts and Status. Consultado el 30 de julio de 2020.
https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status

Tesis

Arroyo, Camila. “Change of Circumstances under the CISG”. Tesis de Maestría, Universidad Bucerius, 2012.

Méndez Zamora, Édgar Eduardo. “Aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías para la resolución de controversias relacionadas con Contratos de Venta Internacional de Software”. Tesis de Licenciatura, Universidad de Costa Rica, 2018.

Zaglul Fiat, Suraye. “La aplicación de la teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente en los contratos de suministro”. Tesis de Licenciatura, Universidad de Costa Rica, 2010.

Laudos

Cámara de Comercio e Industria de Bulgaria. 12 de febrero de 1998. Caso no. 11/1996. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980212bu.html>

Cámara de Comercio e Industria de Bulgaria. 24 de abril de 1996. Caso no. 56/1995. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960424bu.html>

Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Budapest. 10 de diciembre de 1996. Caso no. VB 96074. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961210h1.html>

Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. 1995. Caso no. 8128. Consultado el 15 de agosto de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html>

Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Diciembre de 1997. Caso no. 8817. Consultado el 15 de agosto de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978817i1.html>

Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Marzo de 1998. Caso no. 9117. Consultado el 15 de agosto de 2020. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=661>

Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. *Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc.* 5 de mayo de 1997. Caso no. 7365/FMS. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://www.unilex.info/principles/case/653>

Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Ucrania. 23 de enero de 2012. Caso no. 218y/2011. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/120123u5.html>

Instituto de Arbitraje de los Países Bajos. 10 de febrero de 2005. Laudo provisional. Consultado el 15 de agosto de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050210n1.html>

Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Hamburgo. 21 de marzo de 1996. Laudo parcial. Consultado el 30 de julio de 2020. <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>

Sentencias

Alemania

Corte de Apelaciones de Hamburgo. 28 de febrero de 1997. Caso no. 1 U 167/95. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>

Corte Suprema. 24 de marzo de 1999. Caso no. 121/98. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990324g1.html>

Austria

Corte Suprema. 23 de mayo de 2005. Caso no. 3 Ob 193/04k. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050523a3.html>

Bélgica

Corte del Distrito de Hasselt. *Vital Berry Marketing v. Dira-Frost*. 2 de mayo de 1995. Caso no. AR 1849/94. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://www.unilex.info/cisg/case/263>

Corte Suprema. *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.* 19 de junio de 2009. Caso no. C.07.0289.N. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html>

Costa Rica

Sala Primera, Corte Suprema. 27 de octubre de 2005. Caso no. 788-F-2005

Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda. 12 de setiembre de 2003. Caso no. 301-2003

Tribunal Superior de Puntarenas. 6 de diciembre de 1990. Caso no. 924-1990

Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda. 16 de julio de 1996. Caso no. 274-1996

Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda. 23 de noviembre de 1994. Caso no. 509-1994

España

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. *Ingeniería y Tratamiento de Valorización S.L. v. Econ Industries GMBH*. 6 de julio de 2020. Caso no. 398. Consultado el 30 de julio de 2020. <https://supremo.vlex.es/vid/846585124>

Estados Unidos

Corte Federal del Distrito Norte de Illinois, División Este. *Raw Materials Inc. v. Manfred Forberich GmbH & Co. KG*. 6 de julio de 2004. Caso no. 03 C 1154. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040706u1.html>

Corte Federal del Distrito de Luisiana, División Este. *Medical Marketing v. Internazionale Medico Scientifica*. 17 de mayo de 1999. Caso no. 99-0380 Sección K(1). Consultado el 30 de julio de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990517u1.html>

Francia

Corte de Apelaciones de París. *Société Prakash Steelage Limited v. Société Uzuc S.A.* 25 de febrero de 2020. Caso no. RG 17/18001. Consultado el 13 de agosto de 2020. https://www.labase-lextenso.fr/jurisprudence/CAPARIS-25022020-17_18001

Corte Suprema. *Société Romay AG v. SARL Behr France*. 30 de junio de 2004. Caso no. 1136 FS-P. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040630f1.html>

Corte Suprema. *Dupiré Invicta Industrie v. Gabo*. 17 de febrero de 2015. Caso no. 12-29550. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1923>

Israel

Corte Suprema. *Adras Construction Co. Ltd. v. Harlow & Jones GmbH*. 2 de noviembre de 1998. Caso no. 20/82. Consultado el 3 de agosto de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/881102i5.html>

Italia

Corte del Distrito de Monza. *Nuova Fucinati v. Fondmetall International*. 14 de enero de 1993. Caso no. R.G. 4267/88. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>

Corte del Distrito de Vigevano. *Rheinland Versicherungen v. Atlarex S.R.L. and Allianz Subalpina S.P.A.* 12 de julio de 2000. Caso no. 405. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html>

Tribunal Ordinario de Roma, Sección Quinta Civil. 27 de agosto de 2020. Caso no. 27/08/2020. Consultado el 1 de setiembre de 2020. Reportado en <http://nexumlegal.it/2020/06/30/covid-19-e-affitto-di-azienda-la-posizione-del-tribunale-di-roma/>

México

Comisión para la Protección del Comercio Exterior. *Dulces Luisi, S.A. de C.V. v. Seoul International Co. Ltd. y Seoulia Confectionery Co.* 30 de noviembre de 1998. Caso no. M/115/97. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981130m1.html>

Países Bajos

Corte del Distrito de 's-Hertogenbosch. *Malaysia Dairy Industries v. Dairex Holland*. 2 de octubre de 1998. Caso no. 9981/HAZA 95-2299. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981002n1.html>

Tribunal de Zwolle. *CME Coopérative Maritime Etaploise S.A.C.V. v. Bos Fishproducts Urk BV*. 5 de marzo de 1997. Caso no. HA ZA 95-640. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970305n1.html>

Reino Unido

Cámara de los Lores. *Davis Contractors Ltd v. Fareham U.D.C.* 19 de abril de 1956. Caso no. UKHL 3.

Suiza

Corte Suprema. 28 de octubre de 1998. Caso no. 4C.179/1998/odi. Consultado el 30 de julio de 2020. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981028s1.html>