

Lecciones del Covid-19. El incumplimiento previsible como una alternativa viable frente a la fuerza mayor y hardship del Art. 79 CISG*

Lessons from covid-19. Anticipatory breach as a feasible alternative to force majeure and hardship under Art. 79 CISG

JULIÁN LOZANO HERNÁNDEZ

Abogado y Director Asesoría Jurídica del Grupo Arteche

Recibido: 06.12.2022 / Aceptado: 24.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7550

Resumen: El artículo 79 de la Convención de Naciones sobre los Contratos de Compraventa Internacionales de Mercaderías impone requisitos muy estrictos para su aplicación como causa de exoneración de responsabilidad. Como alternativa al mismo y en consonancia con las modernas teorías contractuales relacionales, este artículo propone, en situaciones donde se dan circunstancias que impiden un normal desarrollo del contrato, utilizar el mecanismo del incumplimiento previsible recogido en los artículos 71 a 73 de la Convención, en especial para aquellos contratos de cierta complejidad y de media y larga duración como puedan ser los de suministro.

Palabras clave: Convención Naciones Unidas, compraventa internacional, artículo 71, artículo 79, teorías contractuales relacionales.

Abstract: Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods imposes very strict requirements for its application as a ground for exemption from liability. As an alternative to it and in line with modern relational contracts theories, this article proposes, in situations where there are circumstances that prevent a normal development of the contract, the use of the anticipatory breach mechanism contained in Articles 71 to 73 of the Convention, especially for contracts of a certain complexity and of medium and long term, such as supply contracts.

Keywords: CISG, international sale of goods, article 71, article 79, relational contracts theory.

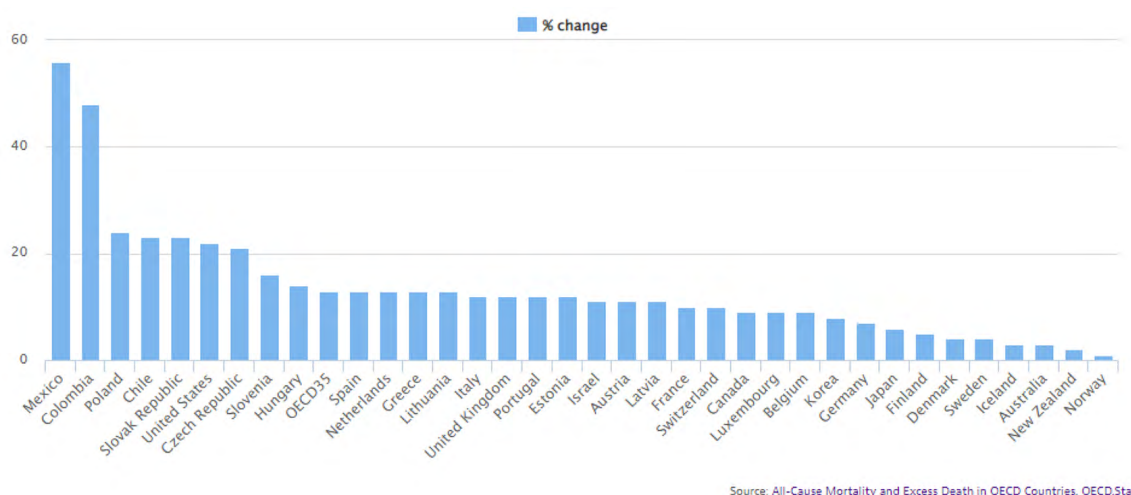
Sumario: I. Introducción. II. Exención de responsabilidad: Fuerza Mayor y Hardship en el art. 79 CISG. 1. Conceptos de Fuerza Mayor y Hardship. 2. Aplicación en CISG de la Fuerza Mayor y Hardship: art. 79. 3. Aplicación del art. 79 CISG a las situaciones generadas por el COVID. III. El incumplimiento previsible como alternativa al art. 79 CISG. 1. El incumplimiento previsible en CISG. 2. Especial relevancia del derecho a suspender el cumplimiento en el art. 71 CISG. IV. Los nuevos modelos de contratación: teorías relacionales e incumplimiento previsible. 1. Las teorías relacionales y su uso en los nuevos modelos de contratación. 2.- Las teorías relacionales y el incumplimiento previsible. V. Conclusión.

* Esta publicación es resultado de una estancia de investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard en el marco de la obtención de la mención internacional en la tesis doctoral del autor.

I. Introducción

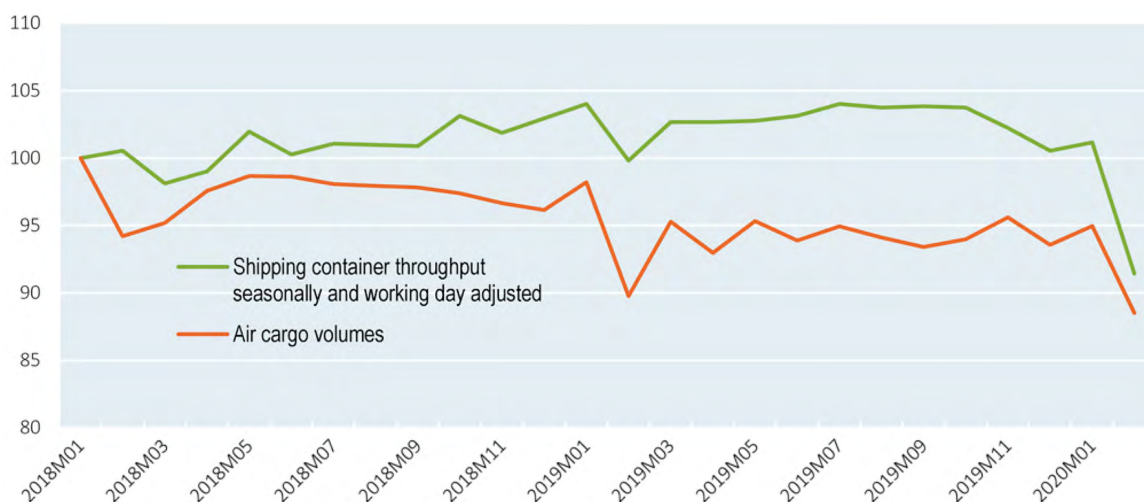
1. El COVID-19¹ ha sido el causante de una situación sanitaria como el mundo no había vivido desde la mal llamada gripe española de 1918-1919². La brusca y repentina aparición del virus en China y su rápida propagación mundial debida a la gran interconexión de las redes de transporte actuales, ha provocado un auténtico desastre humanitario y una crisis económica sin precedentes a escala global que sólo ha podido ser atajada mediante la toma de medidas sanitarias y económicas excepcionales. En los gráficos

Gráfico 1. Exceso de mortalidad.



Source: [All-Cause Mortality and Excess Death in OECD Countries, OECDStat](#)

Gráfico 2. Volúmenes mundiales de transporte aéreo y marítimo de mercancías.



¹ De aquí en adelante nos referiremos como COVID a la enfermedad causada por el coronavirus de tipo 2 que provoca el síndrome respiratorio agudo severo (SARS-CoV-2). El Director General de la OMS declaró el 30 de enero de 2020 el brote del Covid-19 una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII) al ser de carácter (i) extraordinario, (ii) constituir un riesgo internacional debido a la propagación de la enfermedad, y (iii) requerir de una respuesta internacional coordinada. Posteriormente, el 11 de marzo de 2020 la OMS calificó oficialmente al COVID como pandemia internacional.

² El virus de la gripe de 1918-19 es el evento que, de forma verificada (no sabemos con certeza cuántas muertes causaron las sucesivas epidemias de peste en el mundo antiguo y medieval), ha provocado más muertes en la historia de la humanidad, alrededor de 50 millones de personas en todo el mundo. Posteriormente ha habido otras dos pandemias, la de 1957 y la de 1968, que causaron una menor mortalidad, alrededor de un millón de víctimas cada una, y la de 2009, que tuvo una mortalidad aproximada de trescientas mil víctimas. Además, también han existido diferentes epidemias, entre ellas la gripe aviar de 2013 en China. Para saber más de la gripe de 1918-1919, *vid., ad ex.*, DOUGLAS JORDAN CON APORTACIONES DEL DR. TERRENCE TUMPEY Y BARBARA JESTER, “The Deadliest Flu: The Complete Story of the Discovery and Reconstruction of the 1918 Pandemic Virus”, 17 de diciembre de 2019 (<https://www.cdc.gov/flu/pandemic-resources/reconstruction-1918-virus.html>)

Gráfico 3. Principales medidas y su cuantía económica adoptadas por la Unión Europea frente al COVID.

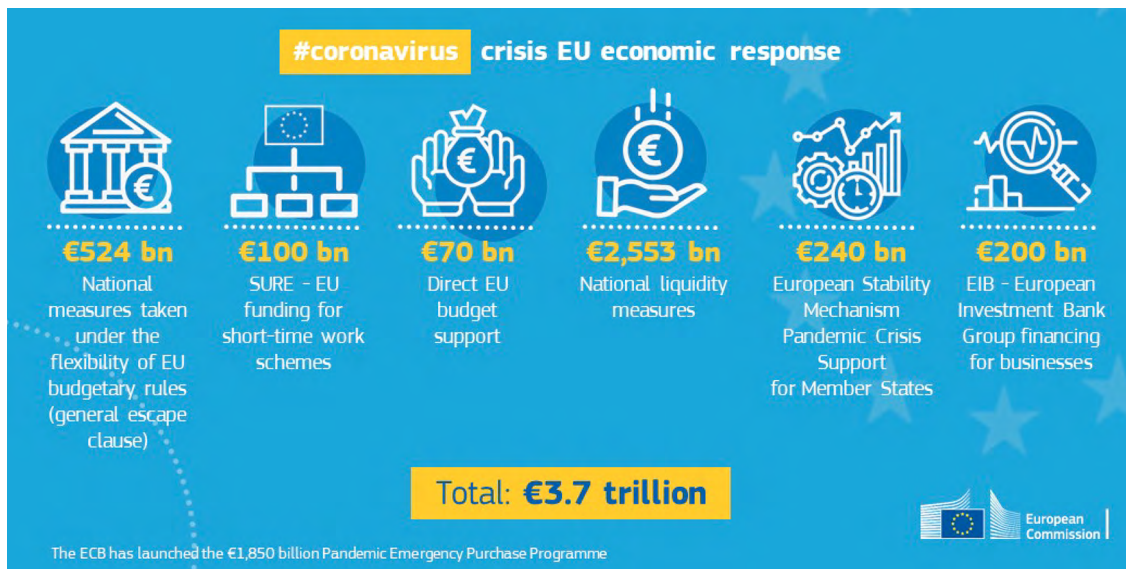
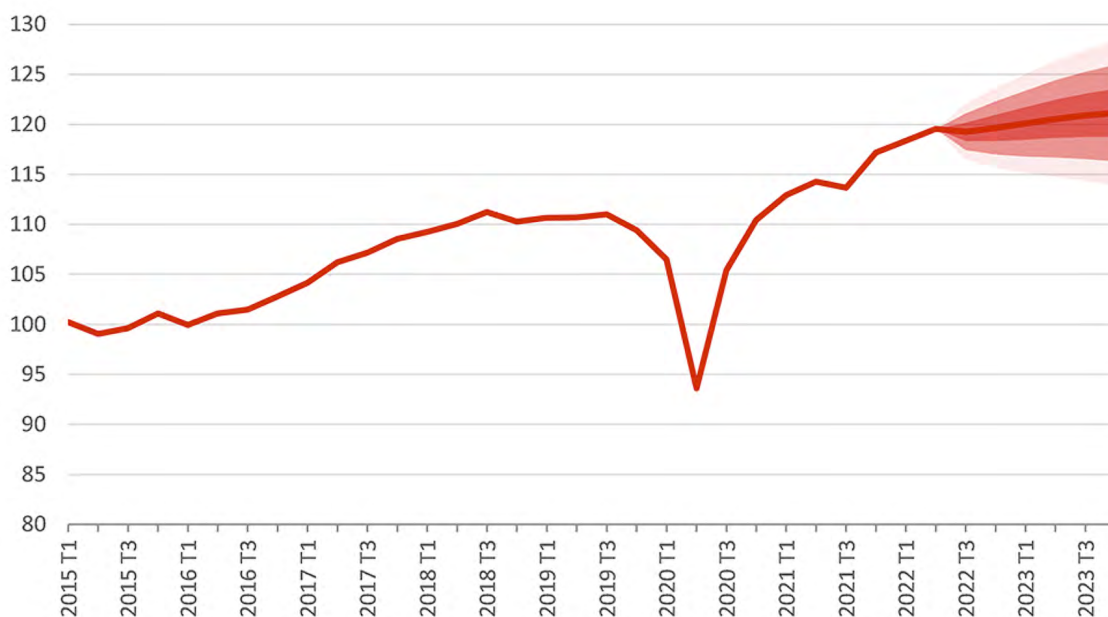


Gráfico 4. Volumen del comercio mundial de mercancías, 2015 T1-2023 T4 (fuente: OMC)



1 y 2 siguientes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico³ vemos el exceso de mortalidad causado por la pandemia⁴ del COVID, así como el impacto que tuvo sobre el transporte aéreo y marítimo comercial que afectó a las cadenas de suministro globales; por su parte, en el gráfico 3 siguiente podemos ver a modo de ejemplo las medidas adoptadas por la Unión Europea y su valor económico⁵.

³ OECD: The impact of COVID-19 on health and health systems (<https://www.oecd.org/health/covid-19.htm>); “COVID-19 and international trade: issues and actions”, 12 de junio de 2020 (<https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/covid-19-and-international-trade-issues-and-actions-494da2fa/>)

⁴ La R.A.E. define pandemia como “Enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región” y epidemia como “Enfermedad que se propaga durante algún tiempo por un país, acometiendo simultáneamente a gran número de personas”.

⁵ COMISIÓN EUROPEA, “Empleo y economía durante la pandemia de coronavirus” (https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/jobs-and-economy-during-coronavirus-pandemic_es)

2. De igual modo, y levantando ya la mirada hacia el futuro que es el objeto de este artículo, en el siguiente gráfico 4 de la Organización Mundial para el Comercio⁶ se ve el tremendo impacto que tuvo el COVID para el comercio mundial (un análisis detallado por regiones nos daría el mismo gráfico, lo que da idea del impacto homogéneo y global) y las complicadas expectativas para el 2023 motivadas por diferentes acontecimientos como crisis económicas, energéticas, guerra en Ucrania y el impacto de las medidas adoptadas en China contra el COVID.

3. En el momento de escribir este artículo⁷, y aunque el virus sigue ampliamente circulando y mutando, la mayor parte del mundo⁸ ha aprendido a convivir con él gracias a las vacunas y a la inmunidad que la humanidad ha ido adquiriendo frente al mismo. Por ello, el virus no podrá ya ser utilizado como excusa en el cumplimiento de los contratos al tratarse de un evento que debe ser tenido en cuenta a la hora de firmarlos. Sin embargo, el que esta pandemia la estemos mirando ya por el espejo retrovisor no quiere decir que en nuestro camino futuro no puedan aparecer nuevos obstáculos en forma de nuevas mutaciones agresivas, una nueva pandemia, los acontecimientos previstos por la OMC para el 2023, u otro tipo de sucesos que, a día de hoy, no podemos imaginar⁹. De hecho y como apuntan los científicos, no hay duda de que habrá nuevas pandemias, sólo hay duda de cuándo llegarán¹⁰.

4. Es por tanto un hecho cierto que siempre pueden acontecer nuevas situaciones que impacten en las relaciones comerciales y en la efectiva ejecución de las obligaciones contractuales subyacentes. Es algo habitual que las partes tengan, más o menos en mente, estos acontecimientos críticos cuando establecen sus relaciones comerciales y los regulen de alguna manera estableciendo un reparto de los riesgos asociados a ellos a través de, p.ej., cláusulas de fuerza mayor (o similares), de ajuste de precio, de terminación anticipada o de resolución de disputas. Ese reparto variará en función de diversos factores como pueden ser el sector de actividad, la importancia de la entrega a tiempo, el tamaño de la compañía u otros que harán que el reparto sea más o menos equilibrado y asociado al precio pagado/

⁶ OMC, “*El crecimiento del comercio sufrirá una brusca desaceleración en 2023 debido a la difícil coyuntura que atraviesa la economía mundial*”, 5 de octubre de 2022 (https://www.wto.org/spanish/news_s/pres22_s/pr909_s.htm) En el mismo informe se ve que los indicadores de tráfico mundial de contenedores o de vuelos comerciales han seguido rumbos similares, lo que demuestra la afectación producida en las cadenas de suministros globales.

⁷ Noviembre de 2022.

⁸ Con la notable excepción de China que sigue aplicando medidas estrictas de confinamiento ante la aparición de nuevos casos. Dada la importancia de China en la economía mundial, ello supone que el COVID podrá seguir siendo usado (o, mejor dicho, intentado ser usado como veremos más adelante) en ciertas situaciones como una excusa en el cumplimiento de muchos contratos internacionales.

⁹ Hasta hace poco sólo veíamos en las películas que cabía la posibilidad de que el hombre tuviese que inventar una manera de desviar un meteorito o asteroide que pudiese llegar a impactar en la Tierra y causar una catástrofe. Hoy en día, la ficción se ha hecho realidad (<https://elpais.com/ciencia/2022-10-11/la-sonda-dart-consigue-desviar-un-asteroide-por-primavez-en-la-historia.html>). O que pueda caer un gran pedazo de chatarra espacial sobre nuestras cabezas (<https://elpais.com/ciencia/2022-11-04/parte-de-un-cohete-chino-cae-sobre-la-tierra-fuera-de-control-y-espana-esta-en-su-trayectoria.html>). Pero sin necesidad de salir al espacio exterior, el hombre siempre se ha bastado para crear desde los inicios de los tiempos guerras (o modernamente ataques terroristas) que también podrían considerarse eventos de este tipo. Y la naturaleza pone de su parte con, a modo de ejemplo de eventos naturales no habituales, grandes llamaradas solares (denominadas “Carrington Event” y que afectó en 1989 a las infraestructuras eléctricas de muchos países), huracanes devastadores (Katrina en 2005 en Nueva Orleans), volcanes inesperados (Islandia en 2010) o terremotos con tsunamis asociados (Japón en 2011), todos ellos eventos con obvias consecuencias en el comercio internacional.

¹⁰ *Vid. ad ex.*: KEVIN BERGER, “The Man Who Saw the Pandemic Coming - Will the world now wake up to the global threat of zoonotic diseases?”, 12 de marzo de 2020 (<http://nautil.us/issue/83/intelligence/the-man-who-saw-the-pandemic-coming>) entrevistando a Dennis Carroll, ex-director durante 15 años de la unidad de gripe pandémica y amenazas emergentes de la “Agency for International Development (USAID)”: “[d]o you think the current outbreak was inevitable? Oh, sure. It was predictable. It’s like if you had no traffic laws and were constantly finding pedestrians getting whacked by cars as they crossed the street”; “Few doubt that major epidemics and pandemics will strike again and few would argue that the world is adequately prepared.”, VICTORIA Y. FAN, DEAN T. JAMISON AND LAWRENCE H. SUMMERS, “Pandemic Risk: How Large are the Expected Losses?” *Bulletin of the World Health Organization* 96, no. 2, 2018, p. 129; “... scientists and public health experts seemed to agree ... (que la cuestión relevante con relación a) *the next influenza pandemic ... is when, not if (ocurrirá)*”, KATHERINE HARMON, “What Will the Next Influenza Pandemic Look Like,” *Scientific American*, 19 de septiembre de 2011 (<https://www.scientificamerican.com/article/next-influenza-pandemic/>)

cochado. Pero lo normal en el mundo de los negocios internacional es que la terminación del contrato sea un último remedio (“*last resort remedy*”) porque nadie quiere desaprovechar el esfuerzo, tiempo y dinero ya invertido en el contrato, y la compra (o venta) de sustitución en muchos sectores no suele ser algo que se pueda hacer de manera rápida o incluso, dependiendo del objeto de la transacción, posible. A esto hay que añadir las incertidumbres y los costes legales asociados a este tipo de terminaciones anticipadas, aspectos que las empresas tienen muy en cuenta. Y en aquellos contratos donde las empresas no hayan previsto esas cláusulas, normalmente el derecho aplicable por defecto se encargará de tratar el problema surgido y su solución.

5. Durante el COVID, con tanto tiempo libre en casa durante los períodos de confinamiento, los académicos y abogados de todo el mundo redactaron infinitas notas, memorandos y artículos sobre la aplicación de la fuerza mayor u otras instituciones similares según su jurisdicción, con el objetivo de usar el COVID y las medidas gubernamentales que le siguieron como causa de exoneración de la responsabilidad derivada de la falta de ejecución de sus obligaciones. Y una cosa que los clientes aprendieron es que, a pesar de lo que pueda parecer obvio, buscar el amparo de la fuerza mayor (o de sus equivalentes) no es tarea fácil en ninguna jurisdicción, ya que depende de las muy concretas circunstancias particulares del caso a las que hay que aplicarles unos requisitos muy estrictos y encadenados, como si fuera uno de esos juegos de mesa de niños donde caer en la casilla equivocada hace que retrocedas a la casilla de salida. Y lo último que una empresa quiere en sus relaciones comerciales es incertidumbre, falta de certeza sobre la situación a la que se enfrenta.

6. Por eso, por la necesidad de certeza y de mantener vivos los contratos adaptándolos a los cambios que puedan surgir, se necesitan soluciones legales que puedan ayudar a que ambas partes sufran las menores consecuencias económicas derivadas de esos acontecimientos imprevistos. La pandemia y las crisis deberían de servirnos para realizar una importante revisión de los principios y prácticas que guían tradicionalmente el diseño y redacción de los contratos.

7. Este artículo tiene como objetivo plantear nuevas formas legales más allá de la fuerza mayor y sus figuras afines para hacer frente a los efectos que una nueva pandemia u otro impedimento (que no necesita ser necesariamente catastrófico) pueda tener en la ejecución de las obligaciones de las partes de un contrato sujeto a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa internacional de Mercancías¹¹. En este sentido, y al amparo de diferentes teorías económicas y legales que han surgido en los últimos años buscando una mayor colaboración entre las partes de un contrato con el objetivo de que ambas se beneficien mutuamente del mismo, planteamos que las disposiciones contenidas en CISG en relación con el incumplimiento previsible son una alternativa legal más fácil y segura para gestionar la ejecución interrumpida de un contrato en este tipo de situaciones que acudir a la clásica institución de la fuerza mayor o *hardship* contenidas en el artículo 79 CISG. En particular, el art. 71.1 que regula la suspensión de la ejecución del contrato es un remedio particularmente atractivo para el mundo empresarial ya que mantiene en suspenso el contrato ante un cambio de circunstancias (imprevisible al tiempo de su celebración) a la espera de que se produzca una situación que permita su correcta ejecución, quedando los arts. 72 y 73 como últimos remedios en los casos más extremos.

8. Con este objetivo, analizaremos a continuación en la sección II los conceptos de fuerza mayor y *hardship* para ver luego su aplicación a través del art. 79 CSIG. En la sección III analizaremos la

¹¹ Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 11 de abril de 1980. Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. XI: (New York: Naciones Unidas, 1980), págs. 159-173, Documento A/CN.9/SER.A/1980 (https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb_1980_s.pdf). La Convención entró en vigor de forma general el 1 de enero de 1988 y para España, de conformidad con lo establecido en su artículo 99, el 1 de agosto de 1991 en base al instrumento de adhesión publicado en el B.O.E. núm. 26, de 30 de enero de 1991, págs. 3170 a 3179 (corrección de errores publicada en BOE núm. 282, de 22 de noviembre de 1996). En adelante, nos referiremos a ella por su acrónimo “CISG”, que es la forma en la que se la conoce en la literatura académica internacional (*Contracts for the International Sale of Goods*)

regulación en CISG del incumplimiento previsible deteniéndonos en particular en el supuesto de suspensión de las obligaciones de las partes regulado en su art. 71. En la sección IV analizaremos la teoría contractual relacional y su aplicación a las nuevas formas de contratación, así como su vinculación con el incumplimiento previsible.

II. Exención de responsabilidades: Fuerza Mayor y Hardship en el art. 79 CISG

1. Conceptos de Fuerza Mayor y Hardship

9. El punto de partida básico para estudiar los conceptos de fuerza mayor y *hardship* es entender que, en cualquier contrato, en cualquier país, y uno diría que en cualquier época, la primera obligación de las partes es cumplirlo.

10. Esta regla básica de que lo pactado obliga se expresa en los sistemas legales occidentales por el aforismo de origen romano “*pacta sunt servanda*”¹². Este principio de que el contrato es ley entra las partes junto al de la buena fe han guiado de forma histórica las relaciones entre los comerciantes, el derecho internacional y las resoluciones de los tribunales a la hora de tratar con las posibles interferencias externas en la ejecución de las obligaciones asumidas por las partes de un contrato.

11. Por ello, ante una situación externa que ponga en peligro la buena ejecución del contrato lo primero que hay que hacer es analizar el contrato para verificar si las partes han regulado la existencia de eventos imprevistos y la distribución entre ellas del riesgo asociado al mismo¹³. Ante una situación como la que hemos vivido, todos los abogados (y los que no son abogados) piensan inmediatamente en el concepto de fuerza mayor y buscan en el contrato una cláusula con esa denominación (a veces no de forma acertada) o una figura similar que le permita buscar motivos de exoneración. Sólo en caso de que el contrato no regule estas situaciones, los abogados procederán entonces a analizar lo que establece la ley aplicable al contrato¹⁴ en relación con este concepto. Y, aunque la conceptualización de la fuerza mayor varía de país a país¹⁵, en general se puede entender como un evento que está fuera del control de

¹² Reflejado en el Código Civil español en los artículos 1.089, 1.091, 1.256 y 1.258. A nivel internacional, *vid.ad ex.*: INGEBORG SCHWENZER, PASCAL HACHEM AND CHRISTOPHER KEE, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012, p. 668, párr. 45.87, que hace referencia, a modo de ejemplo en la actualidad, a su reflejo en el Art 6.2.1 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016 (“UNIDROIT PIIC” por sus siglas en inglés), al Art 6:111(1) de los Principios de Derecho Contractual Europeo (“PECL” por sus siglas en inglés), y al Art III-1:110 del Proyecto de Marco Común de Referencia 2008 (“DCFR” por sus siglas en inglés)

¹³ Esta distribución del riesgo no tiene que estar siempre explícita en el contrato, puede ser implícita en función de, p.ej., un Incoterm o el precio fijo de un contrato a largo plazo, donde obviamente las partes profesionales del mismo son conscientes que en su devenir pueden ocurrir muchas circunstancias y que el riesgo asociado a las mismas va implícito en el precio acordado.

¹⁴ En caso de que la ley aplicable sea la española, la fuerza mayor está recogida (aunque no de forma explícita) en el art. 1.105 del Código Civil español: “*Fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables* “. Al igual que en otros países, el concepto sólo hace referencia a las consecuencias (eximentes) de su incumplimiento para el deudor incumplidor, pero no regula si queda o no liberado de la obligación de cumplir. Para ello, deberemos acudir a sus artículos 1.182 y 1.184 que se refieren a la imposibilidad sobrevenida del deudor de cumplir su obligación de dar (por pérdida o destrucción de la cosa) o de hacer (por imposibilidad legal o física), lo que conlleva la posibilidad de instar la suspensión o la resolución del contrato. Cabe por último recordar que el mismo precepto del Código Civil mencionado recoge también el (tantas veces confundido) concepto de “*caso fortuito*” que el Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en las STS 5 noviembre 1993 (RJ 1993/8970) o STS 31 mayo 2006 (RJ 2006/3497), diferencia de la fuerza mayor en que el primero hace referencia a lo imprevisible usando una diligencia normal (de un ordenado comerciante en este caso, art. 225.1 de la Ley de Sociedades de Capital) o que de haberse previsto podría haberse evitado, operando la producción del hecho en la esfera interna de poder o influencia del deudor; por su parte, en el segundo se trata de un hecho inevitable y su producción opera en la esfera externa del círculo en el que se desarrolla la actividad del deudor, es una causa externa y extraña sobre la que no puede tener ningún control, STS 21 marzo 2013 (RJ 2013/3382).

¹⁵ Su origen se remonta al Código de Hammurabi (tablillas 48, 249 y 266) y, a través de la historia, viaja por Roma donde se recoge en el Digesto (L.IV, T II, 2) y Ulpiano (como muestra del principio “*impossibilium nulla est obligatio*”, nadie está obligado a cumplir lo imposible), el Código de las Siete Partidas de Alfonso X (partida 7ª, título XV, ley 24) hasta las moder-

las partes de un contrato y que ocurre entre el momento de celebración del contrato y el momento de ejecución de la prestación debida, impidiendo (a una o a ambas) ejecutar sus obligaciones, siendo por tanto características básicas de su naturaleza el que sea imprevisible e inevitable. Y la consecuencia lógica de este concepto es que el contrato o se suspende temporalmente mientras dure la causa de la fuerza mayor o se termina anticipadamente, pero con un matiz fundamental: que la parte que se haya visto afectada no es responsable de los daños que esa suspensión o terminación hayan podido causar. Es decir, que la razón principal que se persigue al invocar la fuerza mayor es evitar la responsabilidad por los daños que la falta de ejecución de la prestación debida haya podido causar a la contraparte.

12. Si el contrato contiene una cláusula de fuerza mayor, la misma puede ser explícita (bien porque las partes la hayan negociado o porque la haya impuesto una de las partes) si está incluida en el texto del propio contrato, o implícita (aunque no deja de ser menos explícita *stricto sensu*) si va integrada en las condiciones generales de contratación que son tan habituales (y poco leídas, y aún menos negociadas) en la contratación internacional. Las cláusulas de fuerza mayor previas al COVID raramente incluían una situación de pandemia¹⁶ dentro del listado de eventos a tener en cuenta, pero las posteriores incluyen ya de forma rutinaria una referencia a ella. Pero, como decíamos antes, puede haber otros muchos eventos que, aunque la imaginación humana sea grande, no estén relacionados en la cláusula y para los que se incluye típicamente al final de los eventos descritos en la misma lo que en jerga contractual internacional se denomina una cláusula “*catch-all*” (“... y otro tipo de causas similares”). El problema de estas cláusulas eximentes de responsabilidad es que los tribunales leen las cláusulas de fuerza mayor de forma muy restringida por el imperativo del *pacta sunt servanda*, por lo que sólo interpretarán la cláusula a partir de lo que estrictamente esté expresado en ella. De este modo, una interpretación razonable de este tipo de “*catch-all*” cláusulas sólo puede hacerse para entender eventos que son efectivamente de la misma naturaleza de los previamente listados. Es decir, que se trata de un pensamiento circular que lleva a que, p.ej., si se había citado expresamente epidemia, se pueda entender pandemia, pero si no se ha citado epidemia, pandemia no se puede desprender de, p.ej., cualquier otro suceso natural¹⁷. En cualquier caso, este tipo de cláusulas han sido siempre interpretadas restrictivamente por los tribunales, sean nacionales o arbitrales¹⁸.

13. Otro concepto que las partes suelen alegar en estas situaciones imprevistas es lo que en inglés se denomina “*hardship*”¹⁹ y que, al igual que con la fuerza mayor, su concepto varía de país a país.

nas codificaciones civiles. En las codificaciones modernas tiene su origen en el Código Civil francés de 1804 (o Código de Napoleón), aunque su art. 1.148 no contiene ninguna definición de fuerza mayor, sino que se limita a exponer su consecuencia (exonerar de pagar daños)

¹⁶ A modo de ejemplo y dado su gran uso en contratos internacionales, se pueden ver las cláusulas modelo de fuerza mayor y *hardship* redactadas por la Cámara de Comercio Internacional, más conocida por su acrónimo en inglés, “ICC” derivado *International Chamber of Commerce* con el que la denominaremos de aquí en adelante. En marzo de 2020, ICC actualizó su cláusula para recoger “epidemia” como uno de los eventos presuntos, aunque luego la volvió a actualizar para incluir “pandemia”, ICC FORCE MAJEURE AND HARDSHIP CLAUSES, (<https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/>). De igual modo, una búsqueda en Aranzadi en la jurisdicción civil (último acceso 14 de noviembre de 2.022) nos da 2.114 entradas de fuerza mayor, si le añadimos la palabra “epidemia” nos da 10 entradas, y si le añadimos “pandemia” da sólo de 3 entradas anteriores a 2.020 relacionadas con temas turísticos por la pandemia de gripe A en los años 2.009-2.010. Por ello, será complicado que nadie pueda pretender haber incluido la situación generada por el COVID en una cláusula escrita previamente a la pandemia. Otra cosa distinta es intentar estar cubierto en una situación de COVID por alguna referencia (que esta sí es habitual) a frases similares a esta de la cláusula modelo de ICC relativa a “*acto de una autoridad pública, ya sea legal o ilegal, cumplimiento de cualquier ley u orden gubernamental, expropiación, ocupación de obras, requisita, nacionalización*” que le hayan impedido ejecutar sus obligaciones contractuales dadas las diferentes medidas de restricción de movimientos dictadas por las autoridades gubernamentales en los diferentes países.

¹⁷ Si es que cabe entender que el COVID es fruto del devenir natural, algo que probablemente nunca lleguemos a saber.

¹⁸ *Id.* MICHAEL POLKINGHORNE AND CHARLES ROSENBERG, “Expecting the Unexpected: The Force Majeure Clause,” *Business Law International*, Vol. 16, No. 1, 2015, pp. 49 et ss.

¹⁹ En otro tipo de relaciones contractuales, contratos de financiación o de compraventa de empresas, las denominadas cláusulas MAC (“*Material Adverse Change*” o su variante “*Materia Adverse Effect*”) cumplen una función similar para conseguir que, respectivamente, el acreedor o el comprador puedan verse eximidos de cumplir las obligaciones que en otro caso les corresponderían según el contrato (típicamente, proveer financiación o adquirir acciones de la sociedad objeto de compra, pero no sólo esas)

En España se suele traducir por “excesiva onerosidad”²⁰ y los Principios UNIDROIT dan una prolija definición en su art. 6.2.2²¹. Si la fuerza mayor se centra en la existencia de un evento externo que deviene imposible la ejecución de un contrato, en el *hardship* la ejecución del contrato es todavía posible pero se considera que se ha producido una ruptura del equilibrio contractual si esa prestación debida ha devenido (como dice la traducción en castellano) excesivamente onerosa (o disminuye considerablemente el valor de la prestación) para la parte que lo alega. Por ello, se centra más en renegociar el contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias que en suspender la ejecución del mismo, y sólo una vez que la vía negociada no ha tenido éxito se podrá acudir a un tribunal para terminar el contrato. Y al igual que ocurre con la fuerza mayor, su aplicación por los tribunales internacionales es muy restrictiva.

2. Aplicación en CISG de la Fuerza Mayor y Hardship: art. 79

14. En aquellos contratos de compraventa de bienes que no contengan cláusulas de fuerza mayor, *hardship* o similares y que estén sometidos a CISG²², habrá que acudir a su artículo 79 que está incluido dentro de la Sección IV del Capítulo V (Disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y comprador) bajo la ilustrativa denominación de “Exoneración”²³. Pero el artículo 79 CISG no habla ni de fuerza mayor ni de *hardship* ni de cualquier otro concepto que permita la exoneración de responsabilidad y que exista en las legislaciones nacionales²⁴. Y no lo hace por una decisión consciente²⁵ y

²⁰ Es el equivalente a la doctrina desarrollada en España por el Tribunal Supremo bajo el título “*rebus sic stantibus*” (mientras las cosas sigan igual) y que tiene su origen en los Glosadores del medievo (vid. KONRAD ZWEIFERT ET AL., *Introduction to Comparative Law*, Vol. 3, Clarendon Press, Oxford, 1998). Al igual que en otros países, la aplicación de esa doctrina por los tribunales es muy restrictiva y, a partir de la crisis financiera del 2008, sus características han quedado más definidas por el Tribunal Supremo en, entre otras sentencias, STS 15 octubre (RJ 2014/6129), STS 24 febrero 2015 (RJ 2015/1409), STS 9 enero 2019 (RJ 2015/1409), o STS 18 julio 2019 (RJ 2019/3010)

²¹ “PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2016” (<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>, (fecha de último acceso el 14 de noviembre de 2022), Art. 6.2.2.: “Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.” La cláusula de *Hardship* de la ICC regulada en el mismo documento que la de la fuerza mayor contiene similares requisitos, vid. *supra* nota 16.

²² Aplicable según su art. 1 cuando ambas partes contratantes tengan su domicilio en Estados signatarios (salvo que la aplicación de CISG haya sido excluida expresamente por las partes, ex art. 6) o cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante (salvo que un Estado haya presentado una excepción a la aplicación de este aspecto, como es el importante caso de USA). Es importante recordar que CISG proporciona una normativa comercial internacional uniforme por defecto cuando las partes de un contrato no han regulado una materia que forma parte de su contenido.

²³ Esta Sección IV sólo está formada por el art. 79 y el 80, que complementa al anterior estableciendo que “Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla”.

²⁴ En el *common law* existen otras variantes de estos conceptos. En derecho inglés el denominado “*frustration of purpose*” admite que un cambio excepcional de circunstancias haga que la finalidad del contrato devenga inútil, es decir, se gira del concepto continental de la dificultad para ejecutar una obligación hacia el de valorar la finalidad del contrato que las partes tenían en mente al momento de establecer su relación contractual. Otra doctrina aplicada igual de restrictivamente es la norteamericana de “*impossibility*” por la que, si la ejecución de un contrato deviene imposible por la existencia de un acontecimiento extraordinario y exógeno, se excusa a la parte obligada a cumplir de su obligación y no se tendrá el contrato por incumplido; lo mismo ocurrirá si el contrato se ha vuelto de repente mucho más peligroso y difícil de lo esperado de manera que sea “impracticable” (en el sentido de imposible, e incluye la imposibilidad económica), al igual que en el caso de que haya una nueva legislación que prohíba a una parte ejecutar su parte del contrato, véase RESTATEMENT (SECOND) ON THE LAW OF CONTRACTS § 261 (2ed, American Law Institute Publishers, St Paul, Minnesota, 1981), y UNIFORM COMMERCIAL CODE § 2-615. Esta doctrina se complementa con el concepto de “*restitution*” por el que la parte que no ha ejecutado su obligación está obligada a “restituir” los pagos recibidos por adelantado para, de este modo, evitar un enriquecimiento injusto de una parte frente a la otra, vide RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT §1, American Law Institution 2011.

²⁵ Vid. *ad ex.*: esperando “that Article 79 would establish its own autonomous definition of impediments beyond a party’s control”, CAMILLA ANDERSEN, *Uniform Application of the International Sales Law Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG*, Kluwer Law International, 2007); “Thus Art. 79

resultado precisamente de la existencia de un amplio abanico de opciones existentes en las diferentes familias jurídicas internacionales, por lo que deliberadamente se quiso huir de sus connotaciones domésticas. En este sentido, hay que recordar que dentro de los principios de CISG está el de buscar una uniformidad en su aplicación²⁶, algo que hubiese sido imposible si en el art. 79 se hubiese reflejado un concepto existente y sometido a muchos matices e interpretaciones nacionales: el “*homeward trend*”²⁷ hubiese sido inevitable.

15. Por ello, CISG utiliza el término “impedimento” pero no lo define, dejando una puerta explícitamente abierta a la interpretación flexible de qué se puede entender por ello. Hoy en día existe un consenso generalizado en la doctrina y en tribunales en relación con la inclusión de lo que tradicionalmente se ha entendido de forma generalizada por fuerza mayor²⁸, aunque han existido más dudas sobre el concepto de *hardship*²⁹.

3. Aplicación del art. 79 CISG a las situaciones generadas por el COVID

16. Sin querer entrar aquí en un análisis en profundidad de los requisitos de la fuerza mayor aplicado al COVID³⁰, basta hacer un breve comentario sobre los mismos al objeto de poder establecer un punto de comparación frente a la aplicación de los artículos 71-73.

was elaborated on a varied background. Significantly, however, the Convention avoided reference to the domestic theories recapitulated above. It developed a system of its own, which in fact results from a slow maturation process that started with ULIS. This autonomy, illustrated by the lack of reference to accepted wording and concepts of domestic laws (force majeure, frustration, impracticability) renders the interpretation of Art. 79 extremely difficult because one cannot resort to these laws as a guide.” DENNIS TALON en “Article 79 Commentary” en C. M. BIANCA, M.J. BONELL ET AL., *Commentary on the International Sales Law*, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 572-575. Similar explicación en PETER SCHLECHTRIEM AND INGBORG SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Fourth edition ed. Munich, Oxford University Press, 2016, p. 1063.

²⁶ Art. 7.1: En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

²⁷ No hay que olvidar que el éxito que históricamente ha tenido la ley inglesa en el mundo de los negocios internacionales y, en particular, en el campo del comercio internacional, ha sido, en buena parte, por su predictibilidad, por contar con un sistema judicial que ha permitido establecer un cuerpo de precedentes judiciales que permiten a las partes saber a qué atenerse cuando eligen la ley inglesa. Precisamente, CISG debería, con las limitaciones de depender para su aplicación de tribunales de todos los países signatarios, ser predecible si no se quiere que los abogados que redactan los contratos terminen excluyendo su aplicación en base a su propio art. 6. *Vide* en este sentido, HARRY FLECHTNER, “Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) as Rorschach Test: The Homeward Trend and Exemption for Delivering Non-Conforming Goods,” *Pace International Law Review*, Rev. 19 (2007), pp. 29-51, y WILLIAM P. JOHNSON, “Understanding Exclusion of the CISG: A New Paradigm of Determining Party Intent,” *Buffalo Law Review*, Vol. 59, 2011, pp. 213-292.

²⁸ *Vid. ad ex.*: SCHLECHTRIEM, *supra* nota 24, en párr. 45.16 et ss.; e INGBORG SCHWENZER, “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts,” *Victoria U. Wellington L.Rev.* 39, 2008, pp. 709-726.

²⁹ A pesar de que los prerequisites establecidos en el art. 79 son similares a los requeridos en muchas jurisdicciones o en los Principios UNIDROIT para el *hardship*, durante mucho tiempo la doctrina discutió si este concepto podía considerarse incluido. Hoy en día, se trata de una discusión superada como demuestra tanto las Opiniones n° 7 y n° 20 del “CONSEJO CONSULTIVO EN MATERIA DE COMPRVENTA INTERNACIONAL DE MERCANCIAS (CISG-AC)” relativas a “*Exoneración de responsabilidad por daños bajo el art. 79 de la CISG*” y “*Excesiva onerosidad (Hardship) conforme a CISG*”, como las resoluciones de los tribunales relacionadas en el Anexo 1 de la Opinión n° 20 (de nueve casos que han tratado específicamente el asunto, ocho han decidido a favor de su inclusión y, de ellos, sólo uno ha considerado que se cumplían los requisitos del art- 79). La diferencia en la aplicación de los requisitos es que en el caso de la fuerza mayor lo que hay que probar es que la ejecución del contrato ha devenido imposible, mientras que en el caso del *hardship* es posible pero excesivamente más onerosa. Asunto diferente es determinar entonces qué se puede entender por “excesiva” onerosidad, que no es objeto de este artículo pero que es un tema para dilucidar caso a caso en los tribunales porque puede ser algo muy complicado en la práctica (p.ej., un suministrador acuerda entregar 1.500 toneladas de un tipo de aceite determinado a un cliente español pero su fábrica en Italia, lugar habitual de producción para ese cliente, está cerrada por orden gubernamental aunque lo puede hacer desde una fábrica en USA pero a un precio mucho más oneroso para él por el coste de fabricación y el transporte; ¿cuál es el límite a esa onerosidad?)

³⁰ Existe abundante literatura sobre el tema, *vid. ad ex.*, LOK KAN SO, POOMINTR SOOKSRIPAISARNKIT AND SAI RAMANI GARI-MELLA, “COVID-19 in the Context of the CISG: Reconsidering the Concept of Hardship and Force Majeure,” en *Balkan Yearbook of European and International Law 2020*, Springer, 2021, pp. 105-119.

17. El COVID, en un primer momento de su aparición, cumplía sin lugar a duda los tres requisitos cumulativos establecidos en el art. 79.1 ya que ha sido claramente un impedimento (i) ajeno a la voluntad de cualquier parte, (ii) que no cabía razonablemente³¹ esperar que fuese tenido en cuenta en el momento de la celebración del contrato, y (iii) que no podía esperarse razonablemente que la parte pudiera haber evitado o superado el impedimento o sus consecuencias. De hecho, técnicamente, podríamos decir que el impedimento no es la pandemia como tal sino los efectos fácticos (p.ej., cierre de fábricas, muerte de personal clave, corte de las cadenas de suministro) o jurídicos³² (cierres gubernamentales, toques de queda, prohibiciones de desplazamiento) provocados por la crisis sanitaria. Y, obviamente, se da lo que podría llamarse el cuarto requisito de aplicación: que exista un nexo causal entre el impedimento (los efectos fácticos y/o legales del COVID) y el incumplimiento (el que consecuencia de ellos no se puedan ejecutar las obligaciones contractuales ante la imposibilidad de poder, p.ej., acudir a una fábrica a trabajar³³)

18. Claro que lo importante es que esta exención de responsabilidad y suspensión de las obligaciones contractuales dura mientras dura el impedimento³⁴, pero a partir de ahí ya no cabe volver a recurrir a ella porque tenía que haber sido prevista³⁵. En otras palabras, una vez presente el COVID en nuestras vidas, no cabe alegarlo como impedimento válido según el art. 79 ya que su segundo requisito (la previsibilidad del hecho, de tenerlo en cuenta porque ya existía al momento de la celebración del contrato³⁶) no se cumple³⁷. Y el tercer requisito, la prueba de que no se podía evitar o superar las consecuencias que el COVID haya podido tener sobre la ejecución del contrato es difícilmente demostrable

³¹ Una cosa es saber que llegará y otra bien diferente es saber cuándo y dónde llegará. Ningún empresario puede basar su actividad en expectativas inciertas. Las primas de seguro son un buen indicador de este factor de previsibilidad: ¿cuesta lo mismo asegurarse contra un huracán en Florida que en Alemania?

³² Que siguiendo un viejo esquema podríamos denominar como “*Acts of King*” para diferenciarlos de los “*Acts of God*”. En este caso los actos del rey serían lo que en España denominamos “leyes de policía” y que vienen definidos en el art. 9.1 del Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L 177 de 4 de julio 2008, p.6. El valor que un tribunal nacional aplicando su propia ley da a estas leyes de policía está claro, pero no lo está tanto cuando el que las tiene que aplicar es un tribunal internacional. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la sentencia o laudo extranjeros han de ser reconocidos y ejecutados en el país de las leyes de policía, y el art. 5.2.b de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras permite exceptuar aquellas sentencias que sean contrarias al orden público de ese país. Similar excepción existe cuando hablamos de sentencias judiciales, como recoge el artículo 7.1.c del Convenio de La Haya de 2019 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales Extranjeras en materia Civil o Mercantil y al que recientemente se ha adherido la Unión Europea, aunque todavía no ha entrado en vigor.

³³ Aunque es cierto que en todos los países hubo sectores que se consideran esenciales y pudieron, con más o menos dificultades, seguir funcionando. A modo de ejemplo, en España las actividades declaradas en la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas, BOE de 29 de abril 2011, junto aquellos que, aun no siendo críticos en base a dicha ley, sí eran esenciales para “... asegurar el abastecimiento de la población y los propios servicios esenciales” (art. 18.2 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE de 14 de marzo de 2020)

³⁴ Art. 79.3 CISG.

³⁵ Hoy en día es típico que un suministrador intente incluir en la cláusula de fuerza mayor una referencia al COVID o más genérica a epidemia/pandemia, y que el comprador se niegue precisamente porque considere que es algo que ya se conoce y, por lo tanto, carece de ese carácter de imprevisibilidad y debe ser valorado por el vendedor en su precio. La insistencia en añadirlo por el suministrador puede llevar a que el precio de compra ofrecido sea más bajo al estar queriendo transferir al comprador el riesgo de incumplimiento. Y en ese caso, el vendedor tendrá que valorar la posibilidad real de que ese riesgo se materialice, si cabe asegurarse frente a él y a qué coste, o si tiene fuentes alternativas de suministro en caso de que ocurra el evento. Una opción puede ser simplemente no incluir una cláusula de fuerza mayor, y entonces estar regulado por las reglas contenidas en CISG, de ahí la importancia de buscar una alternativa a la muy restrictiva aplicación del art. 79.

³⁶ Sin entrar aquí siquiera a valorar qué se entiende realmente por el concepto de previsibilidad porque, realmente, previsible es todo como hemos visto *supra* en la nota 9 con relación a la caída de un meteorito o un asteroide en nuestro planeta, cuestión distinta es que se haya previsto en concreto un determinado resultado. Vide en este sentido el comentario de la SECRETARÍA DE UNCITRAL al art. 79 CISG “Comentarios sobre el proyecto de Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, Documento A/CONF.97/5, pág. 60, donde se dice que “*Todos los posibles impedimentos al cumplimiento de un contrato son previsibles en mayor o menor grado. Impedimentos tales como guerras, tormentas, incendios, embargos oficiales y cierre de rutas marítimas internacionales se han producido en el pasado y es de esperar que vuelvan a ocurrir en el futuro.*”

³⁷ Salvo con alguna posible excepción en aquellos casos donde se hayan vuelto a tomar medidas drásticas por gobiernos locales, como en el caso de China en la actualidad.

una vez que ya existía y se ha tenido en cuenta el factor de previsibilidad, ya que está sujeto a un juicio subjetivo y objetivo de que las partes han hecho un esfuerzo razonable³⁸. Y si durante el COVID el comercio internacional se vio obviamente limitado, es cierto que los gobiernos mantuvieron abiertas las fronteras, puertos y aeropuertos para el transporte de mercancías y evitar problemas de abastecimiento³⁹, por lo que justificar que no se han encontrado formas de superar un problema de, p. ej., falta de suministros, es complicado⁴⁰. Lo que habrá ocurrido es que la ejecución de la obligación se habrá vuelto más gravosa, y ahí la cuestión jurídica a resolver es determinar el umbral que hace que sea imposible ejecutar la contraprestación. De ahí la afortunada expresión “*price majeure*”⁴¹ referente al uso de estas cláusulas para intentar renegociar los términos contractuales.

19. Ahora bien, ¿cabe una epidemia o una pandemia (llamémosla COVID, ébola u cualquier otra) ser consideradas como fuerza mayor según el art. 79? Existe muy poca jurisprudencia internacional sobre la aplicación del art. 79 y la que hay apunta claramente a una aplicación muy restrictiva⁴², en línea con lo que ocurre en las diferentes jurisdicciones nacionales⁴³. Sólo existen dos precedentes en relación con una situación similar a la actual, uno relacionado con el SARS (otro tipo de coronavirus⁴⁴) y otro con la gripe aviar.

20. El primer caso fue el denominado L-Lysine de 2005⁴⁵ en el que el demandado chino solicitó la exención de responsabilidad del art. 79 CISG por su falta de entrega de cerca de 1/3 de la cantidad acordada de L-Lysine. El demandado argumentó que su retraso en la entrega fue debido a la epidemia provocada por el virus SARS⁴⁶ en el año 2002-2003 en Hong-Kong, calificándola el demandado como

³⁸ Y ello, aunque exista una cláusula donde se recoja como “epidemia, pandemia”, ya que la parte que la invoque deberá demostrar que “*los efectos del impedimento no podrían razonablemente haber sido evitados o superados por la parte afectada*” (punto c de la definición de Fuerza Mayor de la ICC, vide *supra* 16, pero habitual en las definiciones de estas cláusulas). De este modo, hay que recordar que, si existe una cláusula contractual, la validez de su invocación, que los tribunales interpretarán siempre de forma restrictiva, depende de su lenguaje específico y de las circunstancias de hecho del contrato particular entre las partes.

³⁹ Lo cual ha dado lugar a una de las crisis de transporte (con muy importantes efectos en la economía global) más peculiares de la historia, el problema de los contenedores de mercancía que quedaron en tierra en destinos desde los que, durante un tiempo, fue problemático reintegrarlos al tráfico habitual. De esta manera se produjo una escasez de contenedores donde eran más necesarios y con ello un encarecimiento del transporte global y graves problemas en las cadenas de suministro, lo que, a su vez, provocó un encarecimiento del precio de determinados bienes en destino al faltar los de reemplazo, (<https://www.nytimes.com/2021/10/11/business/supply-chain-crisis-savannah-port.html>) y (<https://www.ship-technology.com/analysis/global-shipping-container-shortage-the-story-so-far/>)

⁴⁰ En este sentido, hay que recordar las ocho sentencias mencionadas en el Anexo 1 de la Opinión n° 20 sobre *hardship* (vid. *supra* nota 29) donde se observa la muy restrictiva aplicación del art. 79 cuando las circunstancias económicas se vuelven gravosas y donde queda claro que el hecho de que la fuente alternativa de suministro sea cara no hace que se pueda considerar aplicable en este aspecto el art. 79 (vid., *ad ex.*, el caso *Iron molybdenum* resuelto por el Oberlandesgericht Hamburg, 28 de febrero de 1997, CISG-online 261, o el caso *FeMo alloy* del China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC), 2 de mayo de 1996, CISG-online 1067). Una situación diferente es si las medidas gubernamentales obligan a cerrar una fábrica o impiden exportar, como de hecho sigue ocurriendo a la fecha en áreas de China.

⁴¹ “*Chinese firms use obscure legal tactics to stem virus losses*”, THE ECONOMIST, 22 de febrero de 2020 (<https://www.economist.com/business/2020/02/22/chinese-firms-use-obscure-legal-tactics-to-stem-virus-losses>)

⁴² *Vid. ad ex.*: Ş ESRA KIRAZ AND ESRA YILDIZ ÜSTÜN, “COVID-19 and Force Majeure Clauses: An Examination of Arbitral Tribunal’s Awards,” *Uniform Law Review* 25, no. 4, 2020, 437-465; SCHLECHTRIEM P., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, p. 1063 (“*The provision’s drafting history, systematic placement and wording imply that such an exemption should be considered only under very narrow conditions. Accordingly, Article 79 has not yet been of great practical importance. Even though, in practice, parties have repeatedly attempted to invoke Article 79 for exemption, they only very rarely succeeded.*”)

⁴³ Recordemos los principios del art. 7.1, *vida supra* nota 26.

⁴⁴ Aunque su incidencia en números absolutos fue bastante menor (8.098 infectados con 774 muertos), su tasa de mortalidad fue muy alta, cercana al 15%. CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (2004) y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2003), respectivamente.

⁴⁵ Caso *L-Lysine*, China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), 5 de marzo de 2005, CISG-online 5007.

⁴⁶ Y también alegó inundaciones, pero fue asimismo rechazada porque el tribunal consideró que el comprador había actuado correctamente mediante la aceptación de un cambio de fecha, que el vendedor luego incumplió.

“fuerza mayor”. El tribunal rechazó su solicitud porque el contrato era posterior a la aparición del virus, pero no negó (ni tampoco la contraparte) la calificación del SARS como un evento de fuerza mayor.

21. En el segundo caso,⁴⁷ el contrato regulaba la venta por una compañía estadounidense de muslos de pollo a un comprador rumano con entrega en Rumanía. Una vez celebrado el contrato comenzó un brote de gripe aviar, por lo que el gobierno rumano prohibió, sin previo aviso, todas las importaciones de pollo que no estuvieran certificadas en una fecha determinada. El vendedor alegó que el contrato no tenía cláusula de fuerza mayor, pero el árbitro único aplicó el artículo 79 CISG al pertenecer ambas partes a Estados signatarios. El árbitro decidió que el vendedor cumplía los elementos primero, segundo y cuarto de la fuerza mayor según el art. 79 (había un impedimento fuera del control de una parte que era, además, imprevisible para ella y su incumplimiento fue debido a ese impedimento). Sin embargo, también consideró que el vendedor no cumplía el tercer elemento ya que, aunque no cabía razonablemente esperar que ese impedimento (un brote de gripe aviar) fuese tenido en cuenta al celebrar el contrato, las consecuencias del impedimento podían razonablemente ser superadas mediante la entrega en un puerto tercero, que era lo que propuso el comprador.

22. De este modo, sea porque le afecta directamente (en cuyo caso normalmente será considerado como “fuerza mayor”) o indirectamente al afectar a sus suministradores o al transporte de la mercancía (en cuyo caso normalmente será considerado como *hardship*), la vía del art. 79 se aparece como una barrera muy alta para su aplicación en situaciones donde un evento claramente limitador como el COVID puede acarrear grandes dificultades para que cualquiera de las partes de un contrato pueda ejecutar las obligaciones a las que se había comprometido⁴⁸. Adicionalmente, y no despreciable, está *per se* la falta de certeza en relación con la interpretación que puede hacer un tribunal extranjero sobre este tipo de cláusulas⁴⁹.

23. Por ello, y tal y como veremos a continuación, una alternativa de más fácil aplicación⁵⁰ a estas situaciones es la que permiten los arts. 71 a 73 CISG.

III. El incumplimiento previsible como alternativa al art. 79 CISG

1. El incumplimiento previsible en CISG

24. Como es conocido, en general los remedios que CISG dispone a favor de las partes en caso de incumplimiento sólo comienzan a estar operativos una vez que el incumplimiento ha tenido lugar. Este es el caso del art. 79 que acabamos de analizar.

⁴⁷ Caso *Macromex Srl. v. Globex International Inc.*, American Arbitration Association – International Centre for Dispute Resolution (AAA/ICDR), 23 de octubre de 2007, CISG-online 1645.

⁴⁸ En este sentido, vide So pág. 116, *supra* nota 36.

⁴⁹ BRANDON NAGY, “Unreliable Excuses: How do Differing Persuasive Interpretations of CISG Article 79 Affect its Goal of Harmony?” *NY Int’l L.Rev.* 26, 2013, 61, 71.

⁵⁰ Aunque parezca contradictorio con el objeto de este artículo (pero no lo es, como veremos más adelante en la sección IV), cabe recordar que los tribunales sólo conocen de los casos litigiosos, esto es, aquellos en los que las partes no se han puesto de acuerdo porque una parte ha hecho una reclamación infundada de lo que entiende que es fuerza mayor o *hardship*, o porque la cláusula donde se recoge el concepto no es clara en relación con los supuestos comprendidos. Sin embargo, la experiencia práctica de los negocios demuestra que la mayor parte de las veces las empresas y sus gestores usan el sentido común y el acuerdo para aplicar lo que ellos entienden que es una causa justificada para suspender sus respectivas obligaciones. No hay que olvidar que litigar es siempre caro e incierto, y más en temas internacionales que normalmente implican contratar abogados extranjeros y litigar fuera de su propio país. De este modo, evitan meterse en las complejidades de los requisitos de aplicación judicial del concepto. Una muy buena prueba de ello es que casi tres años después de la aparición del COVID en Wuhan, todavía no se conoce ningún caso internacional por parte de algún tribunal judicial o arbitral de aplicación del artículo 79 CISG en relación con el COVID. Antes o después aparecerá alguno, pero sólo demostrará una vez más que el mundo de los negocios ha sabido autogestionarse de manera práctica y eficiente. Y lo que es seguro es que si aparece es porque las partes no han llegado a un acuerdo sobre él por lo que la situación no es clara. Y, en ese caso, la montaña de la aplicación del art. 79 se alza como un K-2 en ascensión invernal.

25. Sin embargo, puede haber ocasiones en las que cualquiera de las partes tenga buenas razones para concluir que su contraparte tendrá problemas a la hora de cumplir sus obligaciones contractuales. Pongamos, por ejemplo, un supuesto en el que el evento ya ha ocurrido, las partes no eran conscientes del mismo cuando contrataron, y sus consecuencias podrían afectar a la ejecución de las obligaciones pendientes.

26. En esos supuestos, CISG les da la oportunidad de tomar medidas que protejan sus intereses y no se vean obligados a cumplir su parte del contrato cuando, de forma previa al momento de ejecutar las obligaciones contractuales, la conducta o hechos externos de su contraparte le hacen pensar que no va a poder cumplir sus obligaciones. Y esa protección la dispone a través de sus artículos 71 a 73 que regulan diferentes situaciones con diferentes efectos.

27. El artículo 71 CISG permite a una parte suspender sus obligaciones si es manifiesto que su contraparte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones⁵¹. La causa para determinarlo puede ser su propio comportamiento⁵² o problemas que afecten gravemente a su capacidad o a su solvencia para cumplir sus obligaciones, pero siempre que los mismos sean conocidos una vez concluido el contrato, aunque existiesen de forma previa⁵³. Este artículo permite incluso al vendedor oponerse a la entrega de las mercancías si éstas ya hubiesen sido expedidas. Pero una equivocación en la valoración puede llevar a que se considere que se ha incumplido el contrato al suspender sus propias obligaciones, permitiendo a la contraparte resolver el contrato⁵⁴.

28. Por su parte, el art. 72 va más allá al permitir resolver el contrato si la contraparte manifiesta que no va a cumplir con el contrato o, por otros motivos, es patente⁵⁵ que va a cometer un incumpli-

⁵¹ *Vid.ad ex.:* el caso *J.P.S. BVBA v. Kabri Mode BV*, Rechtbank van Koophandel Hasselt (Tribunal de Comercio), Bélgica, CISG-online 373, en el que la falta de pago durante siete meses por parte del comprador de una suma adeudada en un contrato anterior (para la entrega de ropa de invierno) se considera que da al vendedor una buena razón para suspender el cumplimiento de la entrega en otro contrato posterior (para la entrega de una colección de verano); de modo similar en el caso de los *Minibuses*, Rechtbank Arnhem (Tribunal de Distrito), Países Bajos, 29 de julio de 2009, CISG-online 1939, el vendedor podía suspender la entrega de un autobús si estaba pendiente el pago de los contratos de otros autobuses. Un ejemplo de comportamiento es el caso *Glass Bottles*, Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Alemania), 27 de noviembre de 2007, CISG-online 1617, donde se admitió la suspensión de las obligaciones de reembolsar unas cantidades por parte del vendedor porque el comprador había declarado que no iba a receptionar más mercancía.

⁵² *Pej.*, caso *Used Machine*, Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden (Tribunal de Primera Instancia Appenzell), Suiza, 10 de marzo de 2.003, CISG-online 852, donde se admitió la suspensión de la obligación de pago del comprador porque era manifiesto que a partir de una determinada fecha el demandado no podría cumplir el plazo de 14 días contractual para poner la máquina a disposición del comprador tras su pago, a pesar de haberse ajustado el plazo a las nuevas circunstancias.

⁵³ Lo relevante es el momento de conocimiento por la parte que las alega, no el momento en que las causas empezaron a existir.

⁵⁴ Como ocurre, *p.ej.*, en el caso *Kickboards*, Bundesgericht (Tribunal Supremo Suiza), 17 de julio de 2007, CISG-online 1515, donde el vendedor de motocicletas chino no probó con hechos que el problema de solvencia del comprador suizo fuese posterior a la celebración de su contrato, por lo que el Tribunal entendió que había suspendido erróneamente sus obligaciones de entrega.

⁵⁵ *Vid.ad ex.:* *Zweirad Technik Dieter Könemann v. C. Reinhardt A/S*, Højesteret (Tribunal Supremo Dinamarca), 17 de octubre de 2007, CISG-online 2014. Un vendedor danés importaba motocicletas Suzuki japonesas y luego revendía un gran número de ellas a un comprador alemán para revenderlas a sus clientes en Alemania. En la práctica, el comprador pedía cantidades basadas en las ventas previstas en Alemania y el vendedor pedía las cantidades correspondientes a su proveedor japonés (es decir, el fabricante). En otoño de 1999, el comprador encargó unas 1.600 motocicletas que se entregarían a plazos, y el precio de cada tramo era pagadero en yenes en el momento de la entrega, mientras que el precio total estaba sujeto a una garantía bancaria. Posteriormente, debido a las fluctuaciones del tipo de cambio entre el euro y el yen, el comprador solicitó al vendedor que pidiera al fabricante una reducción del precio. A pesar de la negativa del fabricante, el comprador hizo un pedido adicional de 2.000 motocicletas. Sin embargo, en diciembre de 1999, el comprador canceló sus pedidos. Cuando el vendedor protestó, las partes acordaron que el comprador aceptaría la entrega de la mitad de la cantidad pedida con un descuento determinado por el vendedor y acordaron que el vendedor intentaría conseguir un descuento adicional del fabricante. No satisfecho con los esfuerzos del vendedor para obtener el descuento adicional, el comprador se negó a aceptar la entrega de un tramo determinado de las entregas pendientes y también canceló la garantía bancaria. Alegando que tal conducta constituía un incumplimiento esencial, el vendedor resolvió el contrato, advirtiendo al comprador que revendería las motocicletas en cuestión en Dinamarca. Dadas estas circunstancias, el Tribunal Supremo de Dinamarca consideró que el vendedor había tenido derecho a resolver la totalidad del contrato.

miento esencial del contrato⁵⁶. En este caso se tiene el derecho a reclamar daños, pero si se equivoca en su apreciación y tenía que haber pedido sólo la suspensión, será él quien cometa un incumplimiento esencial y, por tanto, esté sujeto a daños.

29. Por último, el art. 73 es, en realidad, un caso particular del art. 72 al centrarse en supuestos de contratos con entregas sucesivas, de manera que se permite la resolución de todo el contrato si hay un incumplimiento esencial en una de las entregas y existen fundados motivos para pensar que ocurrirá lo mismo con respecto a futuras entregas⁵⁷. En caso contrario, se puede declarar resuelto solo respecto a una entrega concreta, aunque cabrá hacerlo también respecto al conjunto del contrato si las entregas son interdependientes y no cabe destinarlas al uso previsto en el momento de la celebración del contrato.

30. Nota común a estos artículos es la necesidad de notificar a la contraparte de la intención de suspender o resolver (en este caso, si hubiera tiempo para ello salvo que haya una voluntad rebelde a cumplir) el contrato, de manera que la contraparte pueda aportar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones⁵⁸.

2. Especial relevancia del derecho a suspender el cumplimiento en el art. 71 CISG

31. El art. 71 fue un claro fruto de su tiempo, finales de las décadas 60 y 70 del S. XX, un tiempo en el que el mundo estaba formado por un mundo occidental, rico, industrializado y productor de bienes, y un mundo en desarrollo, exportador de materia prima y carente de divisas y capacidad financiera y técnica de enfrentarse a las presiones de las grandes empresas occidentales⁵⁹. Consecuencia de lo anterior, el texto actual sólo pudo salir adelante como un compromiso entre el Norte y el Sur, el Oeste y el Este, después de una de las mayores, complejas y largas discusiones a las que se enfrentaron los redactores de CISG⁶⁰. Ello nos da idea de la gran importancia del concepto de suspensión de la ejecución de las obligaciones en la vida de un contrato internacional.

⁵⁶ En el famoso caso *Italian Shoes XIII*, Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal de Apelaciones), 14 de enero de 1994, CISG-online 119, el vendedor tenía derecho a resolver el contrato de compraventa de zapatos cuando se hizo patente que el comprador, que aún no había cumplido con los pagos del contrato anterior, no iba a dar garantías ni a pagar. De igual modo, en el caso *Doolim Corp. v. R Doll, LLC et al*, U.S.D.C. New York, U.S.A., 7 de mayo de 2009, CISG-online 4839, el tribunal falló en favor del vendedor en base a la existencia de impagos en previos envíos que demostraban que era incapaz o no quería hacer frente al pago acordado, por lo que se le permitió resolver el contrato.

⁵⁷ Vid. *supra* nota 55 *Zweirad Technik Dieter Könemann v. C. Reinhardt A/S*. También es muy ilustrativo el caso del aceite de girasol italiano resuelto por el Handelsgericht des Kantons Zürich (Tribunal Comercial del Canton de Zurich), 5 de febrero de 1997, CISG-online 327, donde un comprador alemán contrató con un vendedor francés la entrega de una gran cantidad de aceite de girasol cada mes. Aunque el comprador pagó la primera entrega, el vendedor no envió la mercancía a Rumania como se había acordado, por lo que el Tribunal consideró que el comprador tenía derecho a anular todo el contrato porque el incumplimiento del vendedor con respecto a esa entrega le dio al comprador buenas razones para esperar un incumplimiento fundamental del contrato con respecto a las futuras entregas.

⁵⁸ Sin querer entrar aquí en el detalle, este es uno de los aspectos que ha generado más dudas en relación con este artículo, ya que no se define ni el concepto de seguridades ni el de suficientes. La historia legislativa de este artículo nos dice que, a pesar de los intentos de la delegación alemana, no se quiso definir para así dar a las partes una mayor libertad. Por su parte, el concepto de suficientes tiene que ser interpretado, con toda lógica, desde la perspectiva del acreedor que espera el cumplimiento de la prestación (*vide supra* nota 36 en p. 57, Comentarios de la Secretaría)

⁵⁹ El profesor Eörsi (reputado jurista húngaro que participó activamente en los trabajos previos de la Convención y fue nombrado presidente de la Conferencia Diplomática de Viena que aprobó el texto final) lo resume muy acertadamente: “(a) *the economic fact that developing countries mainly export raw materials and agricultural products and import technology and finished goods, (b) the under developed technological condition of their markets; and (c) their frequently justified mistrust of developed industrial states.*” en GYULA EÖRSI, “A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods,” *Am.J.Comp.L.* 31 (1983), p. 350.

⁶⁰ ALEJANDRO M. GARRO, “Reconciliation of Legal Traditions in the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods,” *The International Lawyer*, 1989, p. 473-475.

32. Una de sus notas características es que, en línea con otros remedios de CISG (que es un “*self-help treaty*”⁶¹), es un remedio “*self-help*”, es decir, que es la propia parte que contempla ese futuro incumplimiento de su contraparte la que decide de forma autónoma dar un paso adelante y suspender el contrato hasta que la otra parte pueda ejecutar su parte o dar garantías suficientes⁶² de que cumplirá (también tiene la opción de no hacer nada y ejecutar su parte quedándose, en su caso, al amparo de otros remedios de CISG si el incumplimiento tiene lugar finalmente)

33. Se trata de un remedio lógico en el mundo de los contratos internacionales donde tener que buscar de forma previa el amparo de un tribunal haría imposible su efectividad, ya que la rapidez es algo intrínseco a los negocios internacionales, y el suspender el contrato es una manera de obligar a la contraparte a que cumpla. Es, como se ha explicado en una afortunada expresión⁶³, una espada y no un escudo, ya que sólo se puede usar para evitar el incumplimiento antes de la fecha prevista, pero no después para defenderse si la contraparte ha ejecutado de manera errónea sus obligaciones.

34. El correcto ejercicio de este derecho es una cuestión de hecho que dependerá de las concretas circunstancias del caso, de qué impedimento⁶⁴ haya tenido lugar después de la celebración del contrato y de si puede ser considerado como “sustancial”. Si la parte acreedora se equivoca en su valoración, ella misma se podrá colocar en situación de incumplimiento.

35. Precisamente para evitar el factor subjetivo (aunque siempre va a existir un factor subjetivo en la toma de la decisión), este artículo buscó que las razones para tomar la decisión de suspender el contrato fuesen las más objetivas posibles, de manera que un tercero observador objetivo y razonable de ese mismo sector de actividad⁶⁵ y teniendo “*debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso*”⁶⁶ pueda valorar su bondad comparando la situación con la existente al momento de contratar (de ahí el estándar “manifiesto”). No bastan meras conjeturas, hay que basarse en realidades, en hechos ciertos, a la hora de tomar la decisión, ya que el estándar seguido en este artículo por la mayoría de los tribunales requiere un “alto grado de probabilidad”⁶⁷.

36. Porque lo relevante en este artículo no es tanto que el hecho no se conociese antes de la celebración del contrato como el hecho de que las circunstancias hayan cambiado, se hayan deteriorado de manera que surjan serias dudas de su capacidad para hacer frente a sus obligaciones⁶⁸. Si ponemos el

⁶¹ Sus normas son directamente vinculantes entre los particulares que pueden pedir su amparo directamente antes los tribunales de los Estados que adopten la Convención, que deberán examinar su procedencia y aplicarlo obligatoriamente como derecho interno cuando se cumplan los requisitos. Es más, en el caso de España los tribunales deberán aplicarlo de oficio como parte del principio *iura novit curia*. Obviamente, la aplicación por los tribunales arbitrales dependerá del derecho aplicable conforme a la ley o al reglamento de arbitraje aplicables al procedimiento.

⁶² *Vide supra* nota 58. No en el sentido financiero, sino en el sentido amplio de la palabra, cualquier tipo de medida que permita asegurar el cumplimiento de la obligación en duda.

⁶³ “*The nonbreaching party receiving defective delivery must fully perform its counter-obligation and is restricted to the remedies granted by Article 45, 61 [on present breach]. Metaphorically speaking, Article 71 can only be used as a sword, not as a shield: the creditor will be able to prevent performance of the contract by way of suspension but has no possibility to refuse its own performance if it has received defective performance.*” FOUNTOLULAKIS en INGEBORG H. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Fourth ed., Oxford, Oxford University Press, 2016, art. 71, párr. 10.

⁶⁴ Cabe todo tipo de impedimento: fácticos (fenómenos naturales, guerras, huelgas, etc) o legales (cambios legislativos, medidas gubernamentales), subjetivos (concurso) u objetivos (incendio en unos almacenes o en la fábrica), actos preparatorios o ejecutorios del contrato que no sean en conformidad con su buen fin (no solicitar una licencia a tiempo, no tener suficiente materia prima para ejecutar el contrato)

⁶⁵ Art. 8 (2)

⁶⁶ Art. 8 (3)

⁶⁷ *Vide supra* nota 54, caso Kickboards, y caso *Italian shoes VIII*, Landgericht Berlin (Tribunal Regional Berlin), 30 de septiembre de 1992, CISG-online 70, donde con relación al art. 72 el tribunal estableció que “*Sin embargo, no es necesario demostrar un grado de probabilidad cercano a la certeza. Más bien se requiere una probabilidad muy alta, evidente para todos, pero no se requiere una certeza casi completa*”.

⁶⁸ El Comentario de la Secretaría (*vide supra* nota 36) al art. 62 (actual 71) incluye en su párr. 4, p. 57, supuestos como el estallido de una guerra o la imposición de un embargo y la doctrina incluye fácticos como fenómenos naturales, huelgas e

ejemplo del COVID en la actualidad, hoy no se puede alegar COVID como impedimento para ejecutar el contrato, pero un nuevo brote en la provincia china de nuestro proveedor puede crear serias dudas de si va a cumplir. En este supuesto, si el importador español tiene que hacer un pago anticipado, el art. 71 le podría servir para suspender el contrato en tanto en cuanto la situación no se aclare, sobre todo si las partes acordaron que ese producto tenía una fecha de entrega determinada y esencial para el importador.

37. Un último punto para destacar en la aplicación del art. 71 CISG es la necesidad de que el impedimento debe haber puesto en peligro una parte “sustancial” de las obligaciones. Para determinar qué se entiende por tal lo primero será determinar qué han entendido las partes en su contrato como principal, como importante, de cara a la correcta ejecución del mismo, cuál es el objeto de su contrato y las obligaciones a él conexas. Típicamente en el caso de un vendedor será entregar la mercancía conforme al contrato y en tiempo⁶⁹, y en el caso del comprador su pago y recepción⁷⁰.

38. Si el potencial incumplimiento es de tal naturaleza como para ser considerado esencial, entonces estaríamos ante una situación susceptible de terminación anticipada bajo el art. 72, pero en este caso, como es lógico, se sube un escalón en los requisitos a aplicar: ahora es necesario que sea “patente” el incumplimiento y, si hay tiempo para ello, es obligatorio enviar una notificación con antelación razonable avisando de ello de manera que la parte deudora pueda dar garantías suficientes de que cumplirá (excepto en el supuesto de que esa parte haya anunciado de que no cumplirá y, por lo tanto, no hay que avisar)

39. Como se ve, ambos artículos (y el 73 referente a contratos con entregas sucesivas que sigue sus requisitos de aplicación) son remedios muy indicados para situaciones donde existe un impedimento a la ejecución. Dependiendo del evento que se trate y de las circunstancias del caso *ad hoc*, las partes tienen flexibilidad para escoger si quieren suspender (la opción más fácil al ser favorecida por CISG que tiene como uno de sus principios subyacentes el mantenimiento del contrato) o terminar el contrato anticipadamente.

40. Pero, a diferencia de lo que ocurre con el art. 79, aquí no es necesario que el evento esté fuera de su control, no es relevante si el evento es por su culpa o es un evento ajeno a él. Si bien es cierto que ello conlleva que no se evite en su caso la responsabilidad por los daños causados, por otra parte otorga a las partes una gran flexibilidad para actuar. De hecho, siguiendo el art. 79.5 CISG, se podría buscar la exoneración de daños del art. 79 y, a la vez, solicitar la suspensión o la terminación anticipada del contrato.

IV. Los nuevos modelos de contratación: teorías relacionales e incumplimiento previsible

1. Las teorías relacionales y su uso en los nuevos modelos de contratación

41. Hoy en día, en un mundo en constante evolución tecnológica, los contratos tienden a ser cada vez más complejos, no son solo productos terminados con unas características determinadas (p.ej., un transformador de medida) sino que tienden a añadir servicios adicionales para dotarles de un valor añadido y diferenciador por el que se puede cobrar un precio adicional (p.ej., que el transformador sea capaz de comunicarse para transmitir información en tiempo real sobre datos de la red eléctrica)⁷¹. Esta

incendios y aquellos derivados de causas jurídicas como prohibiciones de exportación o de pago de divisas al exterior. Evidentemente, una epidemia o pandemia son causas también a añadir.

⁶⁹ Caso *Korean Waste Paper*, Higher People’s Court Zhejiang, China, 18 de abril de 2011, CISG-online 3908, donde se admitió que el comprador chino suspendiese la emisión de una carta de crédito con relación a un tercer contrato por existir serios problemas de calidad en los dos anteriores y no haber enviado un certificado de calidad ni dado garantías suficientes en un tiempo razonable.

⁷⁰ Caso *Containers*, Tribunal Arbitral de Hungarian Chamber of Commerce and Industry, Hungría, 5 de diciembre de 1995, CISG-online 163, donde el tribunal entendió que el vendedor tenía derecho a suspender sus obligaciones porque el comprador sólo había pagado una parte de la mercancía entregada.

⁷¹ “Hubo una época en que el modelo dominante en los negocios era la venta de productos terminados usando contratos “terminados” que suministraban información con especificaciones detalladas de los bienes vendidos y una clara delimitación de los

complejidad hace que la cooperación continuada entre las partes sea esencial en estos casos, de manera que su *relación* no se termina con la firma del contrato que queda como un mero documento cerrado, sino que tiene que contener mecanismos que permitan y desarrollen esa *relación* continuada.

42. Este cambio en la forma de contratar ha sido estudiado en los últimos años por diferentes teorías tanto económicas como legales que han buscado la mejor manera de que pueda ser aprovechado por las empresas en sus relaciones comerciales. Muchas de ellas tienen su eco en una fecha tan lejana como 1963, cuando el profesor Stewart Macaulay publicó un artículo⁷² en el que, a través de un profundo trabajo empírico sobre la aplicación del derecho en el mundo de los negocios, comenzaba a esbozar una teoría sobre lo que más tarde denominaría⁷³ “*el limitado papel práctico de lo que los profesores llaman derecho contractual*”⁷⁴, y que hoy en día conocemos como “teoría relacional de los contratos”⁷⁵. De acuerdo con esta teoría, un contrato relacional comprende estructuras y pactos diseñados para permitir y apoyar a las partes en una asociación (“relación”) contractual continuada de manera que puedan trabajar de forma conjunta y productiva las vicisitudes que les afecten⁷⁶, aspirando a resolver sus conflictos sin recurrir a la aplicación judicial de las cláusulas contractuales específicas⁷⁷. Y ello porque los contratos relacionales son, por definición, incompletos, ya sea por su propio diseño o, más habitual, por omisión⁷⁸. La incertidumbre es, por tanto, inherente a los mismos⁷⁹.

*derechos y obligaciones. En la época actual, el objeto de los contratos –ampliamente aceptado– es ser cada vez más indefinidos y complejos. Por ejemplo, ha habido un cambio de los productos acabados a los servicios todo incluido y a productos con un ciclo de vida útil. Las contrataciones son mucho más complicadas en las redes que han sido diseñadas para producir nuevos bienes y servicios. En este mundo, las relaciones empresariales y de negocios no se han regido tanto por los contratos tradicionales que gobiernan “la interdependencia entre los socios y la necesidad de proteger su propia reputación”. En esta clase de relaciones, los socios actúan dentro de lo que Axelrod denomina “la sombra del futuro” (citando a ROBERT AXELROD AND WILLIAM D. HAMILTON, “The Evolution of Cooperation,” *Science* 211, no. 4489, 1981, p. 248.)*, HELENA HAAPIO, GEORGE J. SIEDEL AND MARIANA BERNAL FANDIÑO, “Aplicación Del Derecho Proactivo Como Una Ventaja Competitiva,” *Revista De Derecho Privado*, no. 31, 2016, p. 294.

⁷² STEWART MACAULAY, “Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study,” *American Sociological Review* 28, no. 1, 1963, 55-67. En este artículo Macaulay postulaba que las relaciones contractuales comerciales no suelen estar definidas por términos contractuales específicos y expresos, de que “*while detailed planning and legal sanctions play a significant role in some exchanges between businesses, in many business exchanges their role is small*” (p. 62). La importancia seminal de este artículo es tal que es considerado desde su publicación como el artículo sobre derecho contractual más citado en EE. UU., *vid.* FRED R. SHAPIRO, “The most-Cited Law Review Articles Revisited,” *Chi.-Kent L.Rev.* 71, 1995, pp. 751-779. Probablemente, a juzgar por la vigencia de los desarrollos doctrinales que siguen surgiendo de su estela, lo siga siendo.

⁷³ “... *the very limited practical role of what professors call contract law ...*”, STEWART MACAULAY, “An Empirical View of Contract,” in *Stewart Macaulay: Selected Works* Springer, 1985, 399-414.

⁷⁴ En este sentido, es muy ilustrativo (y divertido) leer su artículo relativo a la relación del arquitecto Frank Lloyd Wright con los directivos de S.C. Johnson & Son. En él se narra su relación mientras Wright diseñaba y supervisaba la construcción del Johnson Administration Building y su torre de I+D. Stewart Macaulay, “Organic Transactions: Contract, Frank Lloyd Wright and the Johnson Building,” *Wis.L.Rev.* (1996), 75. Se da la circunstancia que es un caso que conoce bien porque su mujer era hija de uno de los directivos que llevaron las negociaciones desde el principio y durante todo (el excesivo) tiempo que llevó su construcción que acabó multiplicando por varias veces el presupuesto inicial. A título de anécdota, de las conversaciones con su suegro nació la idea que inspiró el trabajo desarrollado en su magistral artículo.

⁷⁵ “*Relational contracts theory*”. El trabajo de Macaulay dio lugar a dos grandes ramas de investigación paralelas pero diferentes, una relacionada con aspectos del derecho y la sociedad, y otra con las normas sociales del derecho y la economía. Dentro de estas dos grandes ramas existen diferentes teorías que inciden más en unos puntos u otros, o que incluso son híbridas entre las dos. Para conocer más sobre las teorías derivadas del trabajo de Macaulay, *vide* por todos, ROBERT E. SCOTT, “The Promise and the Peril of Relational Contract Theory,” *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay: On the Empirical and the Lyrical*, 2013, 105-139.

⁷⁶ “[R]elational contracts provide a means of coping with unforeseen contingencies as they arise, rather than attempting to plan for them in advance.” DONALD J. SMYTHE, “Bounded Rationality, the Doctrine of Impracticability, and the Governance of Relational Contracts,” *S. Cal. Interdisc. LJ* 13, 2003, p. 266.

⁷⁷ “... *in relational contracts the benefits and burdens are shared*”. IAN R. MACNEIL, “The Many Futures of Contracts,” *S. Cal.L.Rev.* 47 (1973), p. 782.

⁷⁸ “*According to the lawyers, relational contracts usually are incomplete*.” ALAN SCHWARTZ, “Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies,” *The Journal of Legal Studies* 21, no. 2 (1992), p. 271.

⁷⁹ Macaulay, *supra* nota 72 en p. 57, describe cuatro grados de planificación contractual, desde “explícita y cuidadosa”, pasando por el “acuerdo tácito” y las “suposiciones unilaterales”, hasta el “desconocimiento de las cuestiones”. De este modo, y aunque no sean totalmente conscientes de ello, las partes contratantes y sus asesores jurídicos suelen elaborar acuerdos híbridos que constan de términos transaccionales (es decir, pactos específicos) y relacionales.

43. A continuación, explicaremos de forma sucinta⁸⁰ (cada una de ellas por separado merece un artículo específico para analizarlas en profundidad) tres teorías surgidas en los últimos años que se encuadran dentro de la teoría relacional de los contratos, aunque cada una pone énfasis en diferentes aspectos. De este modo, podremos entender mejor su relación con el objeto de este artículo que analizaremos seguidamente como su apartado final.

44. La primera teoría ha sido desarrollada por el Premio Nobel en Economía Oliver Hart, David Frydinger y Kate Vitasek, quienes proponen un nuevo tipo de contrato, el “*contrato relacional formal*”⁸¹, que consideran como una forma eficaz de superar los problemas de la falta de completitud contractual, especialmente en las transacciones complejas. Este enfoque destaca la importancia de alinear las perspectivas entre las partes, así como de crear confianza y entendimiento durante la negociación del contrato⁸². Las partes dejan de hablar en términos de “yo” para pasar al “nosotros”, de manera que ambas partes puedan mantener relaciones mutuamente beneficiosas. También sugiere que los contratos contengan una obligación jurídicamente vinculante de actuar de acuerdo con seis normas contractuales -reciprocidad, autonomía, honestidad, integridad, lealtad y equidad- para inducir a las partes a responder de forma cooperativa a los inevitables problemas derivados del carácter incompleto de los contratos⁸³.

45. La segunda teoría, desarrollada por Lisa Bernstein y Brad Peterson en el contexto de los contratos entre grandes fabricantes de productos integrados y sus proveedores de componentes (pero presente también en otros contextos), se centra en la forma en que los contratos entre empresas han llegado a incorporar un conjunto de disposiciones -denominadas “cláusulas de gestión”⁸⁴- que son análogas a las técnicas de gestión intra-empresarial exploradas en el World Management Survey⁸⁵. Aunque estas dispo-

⁸⁰ Una nota en común de todas ellas es que no son de aplicación para todo tipo de contratos de compraventa, lo son más de aquellos donde hay un productor de un bien y un consumidor del mismo, y se establecen relaciones de una cierta complejidad donde la colaboración y la visión a más medio y largo plazo es esencial. En contratos donde la relación entre las partes se limita al mero intercambio del bien por un precio como pueden ser, por ejemplo, los de “*commodities*”, no encajan en esta visión. En este supuesto, ni siquiera CISG sería la mejor ley aplicable, sino que lo sería la ley inglesa por las particularidades de este tipo de comercio. *Vid.* en este sentido, MICHAEL G. BRIDGE, “The CISG and Commodity Sales: A Relationship to be Revisited?” *Sing. J. Legal Stud.* 2021, pp. 271-290.

⁸¹ “*formal relational contract*”. Se trata de establecer un proceso para crear una mentalidad de asociación entre las partes, incentivándolas para que tengan un interés en el éxito de la otra. Se trata, por tanto, de contratos escritos que son legalmente ejecutables (por eso los denominan “*formales*”) que incluyen muchos componentes de un contrato tradicional, pero también contienen elementos destinados a la construcción de relaciones a través de una visión compartida, con principios rectores y sólidas estructuras de gobierno para mantener alineados los intereses y las expectativas de las partes. Abogan así por “*a legally enforceable written contract (hence ‘formal’) that puts the parties’ relationship above the specific points of the deal.*” FRYDLINGER, DAVID, OLIVER HART, AND KATE VITASEK., “An Innovative Way to Prevent Adversarial Supplier Relationships,” *Harvard Business Review Digital Articles*, October 8, 2020, pp. 2-5. y DAVID FRYDLINGER, OLIVER HART AND KATE VITASEK, “A New Approach to Contracts: How to Build Better Long-Term Strategic Partnerships,” *Harvard Business Review* 97, no. 5, September 1, 2019, pp. 116-125.

⁸² *Innovative Way*, supra nota 81. “*Given the uncertainty that lies ahead, it is especially important now that companies try to avoid antagonizing the members of their ecosystems. Formal relational contracts, which can turn adversarial relationships into mutually beneficial partnerships, is a proven means to such an end.*”

⁸³ *Id.* Su argumento se centra en la capacidad que tienen los contratos relacionales para limitar o evitar un comportamiento oportunista que interrumpe la gestión fluida y eficiente de, en el caso del artículo, la cadena de suministro. En concreto observan que “*para los profesionales de la contratación de las grandes multinacionales, la tentación es utilizar la influencia de su empresa para presionar a los proveedores para que reduzcan los precios. Y cuando el proveedor tiene la sartén por el mango, es difícil resistirse a la oportunidad de imponer aumentos de precios a los clientes.*” Como muestra del buen funcionamiento de esta teoría, los autores ponen ejemplos concretos de sectores variados donde ha funcionado.

⁸⁴ “*managerial provisions*”. Se refieren a las cláusulas escritas muy detalladas que se centran no sólo en lo que se promete sino también en los detalles de cómo se va a conseguir y en cómo se supervisarán las acciones de los proveedores durante la vigencia del acuerdo, de ahí su denominación de “cláusulas de gestión”, *vid.* LISA BERNSTEIN, *Managerial Contracting: A Preliminary Study*, SSRN, 2022.

⁸⁵ Se trata de una organización que de forma regular realiza encuestas entre las empresas sobre diferentes temas, los analiza y los pone a disposición de los investigadores. La misma define su misión de la siguiente manera: “*Este proyecto comenzó en 2002 como una forma de ver si se podía “medir una de las partes no medibles” de la función de producción residual, o productividad total de los factores. Más de una década después, el pequeño proyecto ha crecido sustancialmente y esperamos que siga haciéndolo durante muchas décadas más. Nuestra misión es construir un conjunto de datos sistemáticos de alta calidad*

siciones de gestión son formales, claras y detalladas, no son jurídicamente exigibles, lo que las convierte en una especie de contrato relacional formal y sirven para desarrollar un mapa de las acciones a tomar por ambas partes en la gestión del contrato de manera que sea exitoso para ambas. Estas disposiciones tienen una fuerza muy poderosa para crear mecanismos que fomentan el crecimiento de la confianza interempresarial e interpersonal, facilitando así las condiciones necesarias para que las empresas celebren contratos relacionales creíbles que complementen sus acuerdos legales y les permitan obtener la mayor parte de los beneficios de los acuerdos verticales sin necesidad de integrarse verticalmente.

46. La tercera teoría nace de la combinación de una teoría legal europea (el denominado “derecho proactivo”) con otra económica norteamericana (el uso del derecho como una fuente de “ventaja competitiva”), lo que la hace más atractiva para las empresas por medio de la aplicación del derecho proactivo como una ventaja competitiva⁸⁶. Al igual que en las otras teorías se observa que, en lo que se ha venido a llamar el derecho tradicional clásico⁸⁷ (y, en particular, el ejercido dentro de las empresas) ha sido reactivo: surge un problema y se busca la solución, sea mediante negociación o mediante litigio. Por ello, el factor clave de los contratos ha sido la obligatoriedad de sus cláusulas⁸⁸ y la redacción de los remedios ante su incumplimiento, por lo que los abogados han redactado los contratos buscando que puedan ser ejecutados ante un tribunal en caso de necesidad. Pero el enfoque proactivo⁸⁹ toma razón de los cambios producidos en las relaciones comerciales actuales, de los comportamientos evidenciados en la vida real por las empresas, y busca que haya un alineamiento de los intereses comerciales y legales de ambas partes. Para lograr ese objetivo los contratos tienen que ser dinámicos, no se pueden quedar (como se suele decir) tallados en piedra, sino que han de crear un esquema flexible que sea fácilmente adaptable al complejo mundo actual de las relaciones comerciales. Esta flexibilidad se conseguirá a través de la correcta gestión de tres factores de riesgo claves: (i) el riesgo “relacional”, es decir, en el sentido de que las relaciones entre las partes se vean afectadas por la probabilidad de que una parte busque su propio interés en lugar de adherirse a las condiciones acordadas en el contrato⁹⁰; (ii) el riesgo de “cumplimiento”, es decir, la probabilidad de que las partes no puedan cumplir los términos acordados⁹¹; y (iii) el riesgo de “falta de adaptabilidad”, es decir, el riesgo de que la relación contractual no se adapte a los cambios que de forma inesperada (sean tecnológicos, de mercado, derivados de un evento de la naturaleza u otros) puedan surgir en el mercado o que puedan afectar a la ejecución del contrato⁹².

que puedan utilizar los investigadores de todo el mundo para profundizar en la caja negra de la productividad en todos los sectores y países.” (traducción propia) (<https://worldmanagementsurvey.org/>)

⁸⁶ GEORGE SIEDEL AND HELENA HAAPIO, *Proactive Law for Managers; a Hidden Source of Competitive Advantage*, Gower Publishing, 2011. Esta teoría se nutre fundamentalmente de la rama más social (*vid. supra* nota 75) y tiene como máximo exponente a Ian Macneil que fue quien la desarrolló a partir de su trabajo inicial en IAN R. MACNEIL, “The Many Futures of Contracts”, *S. Cal. L. Rev.* 691, 1974, pp. 691-816, y quien realmente acuñó el término de “teoría contractual relacional” en IAN R. MACNEIL, “The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations” *Ethics* 93, no. 1, 1982.

⁸⁷ Se caracteriza por considerar a cada transacción como algo único, independiente de cualquier otra relación pasada, presente o futura entre las partes (de ahí que se le denomine también como “derecho transaccional”). Tanto la teoría contractual clásica como la neoclásica fueron englobadas por Macneil dentro del llamado derecho contractual *tradicional*, *vide* IAN R. MACNEIL, “Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law” *Nw. UL. Rev.* 72, 1977, p. 854.

⁸⁸ *Vid. supra* nota 79, lo que se suele denominar como pactos transaccionales en los que se define el cómo, dónde y cuándo han de ejecutarse las obligaciones contractuales.

⁸⁹ “El término proactivo implica actuar por anticipado, tomar el control y tomar la iniciativa. Todos estos elementos son parte del planteamiento proactivo del Derecho, que distingue dos aspectos más de la proactividad: uno es la dimensión promotora (promover lo que es deseable; fomentar la buena conducta) y el otro es la dimensión preventiva (prevenir lo que no es deseable y evitar que se materialicen los riesgos jurídicos)” DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO sobre el tema “El planteamiento proactivo del Derecho: un paso más hacia una mejor legislación a nivel de la UE”, Bruselas, 3 de diciembre de 2008, OJ C 175, 28 de 2009, p.26

⁹⁰ Este riesgo se deriva de la teoría económica del comportamiento oportunista y se gestiona a través de cláusulas del tipo de resolución de conflictos, confidencialidad o de protección de la propiedad intelectual o industrial, donde se establecen penalidades (incentivos) para evitar que se incumplan.

⁹¹ Este riesgo se gestiona a través de las cláusulas que contienen obligaciones de información continuada o de hitos en el cumplimiento del contrato, con el objetivo de regular la posibilidad de que las partes no sean capaces de cumplir los términos acordados.

⁹² Este riesgo se gestiona a través de las cláusulas de fuerza mayor, *hardship* (y similares), o de ajuste de precios, que

2. Las teorías relacionales y el incumplimiento previsible

47. Como vemos, todas estas teorías tienen un sustrato común, que el contrato no sea algo rígido, que contenga dentro de él reglas legales que le permitan ser flexible, adaptarse a las circunstancias que puedan surgir en su vida. Y, aunque como decíamos antes⁹³, estas teorías obviamente se ajustan mejor a contratos de tracto sucesivo (i.e., suministro) o a aquellos complejos y poco a los de mero intercambio de bien por precio⁹⁴, sus principios, y más importante, las razones que hay detrás de ellas⁹⁵, son válidos para cualquier contrato y, en particular, para aquellos de intercambio de bienes internacionales⁹⁶, ya que sólo la flexibilidad les permitirá adaptarse a las eventualidades que puedan surgir en su ejecución.

48. Lo que ha ocurrido durante el COVID ha sido un buen ejemplo del funcionamiento de contratos relacionales. No podemos saber con certeza si ha sido la naturaleza del contrato -por ejemplo, si es transaccional o relacional- o la naturaleza de las relaciones entre las partes de un contrato lo que cataliza o disuade del oportunismo de aprovecharse de la situación o alimenta la propensión de las partes contratantes a recurrir a la terminación de los contratos que puede dar lugar a la revisión judicial. Pero es evidente que los contratos relacionales son especialmente útiles en tiempos de incertidumbre, ya que la construcción de la confianza recíproca y la cooperación es muy útil en un contexto que de otro modo podría promover la desconfianza mutua u otro oportunismo económico en la forma de subida de precios o la imposición de compra de menores cantidades de las programadas.

49. En este sentido, el art. 71 une ambos mundos, el transaccional y el relacional, ya que está diseñado para mantener vivo el contrato mediante la mutua colaboración de las partes. Su mandato de que la no ejecución afecte a obligaciones sustanciales no es sino una forma de obligar a que la contraparte cumpla, de manera que el contrato se desarrolle. De hecho, por eso contiene además la posibilidad de ofrecer garantías suficientes. Su valor nace de los principios que lo inspiran y que son los de CISG: el mantenimiento del contrato, la buena fe, la comunicación entre las partes y la mitigación de daños.

50. La mutua colaboración es permitida (y alentada, en cierta forma) en el art. 71 CISG ya que fue regulado de un modo en el que se buscaba su aplicación objetiva, pero al mismo tiempo es, como en otros artículos de CISG, bastante vago en su regulación y estándares. Eso permite a las partes, en base al art. 6 CISG, complementarlo ajustando las condiciones del ejercicio del derecho y su operativa a sus necesidades específicas. De este modo, se puede regular, p.ej., lo que ellas entiendan por sustancial o el modo y plazo de tiempo de la comunicación entre ellas para renegociar, en su caso, los términos del contrato porque ambas partes, de una u otra manera, se verán afectadas si surge un impedimento al desarrollo normal del contrato.

51. De igual modo las partes también pueden regular otros aspectos como el tipo de garantías a aportar, quién soporta los costos derivados de la suspensión o bajo qué términos se puede ir, en su caso, hacia la terminación anticipada del art. 72⁹⁷ y resolver porque, como parte de esa comunicación entre las partes, es inteligente prever un plan de salida si se dan ciertos supuestos, definiendo cuándo y

definen principios y directrices sobre cómo abordar los cambios de circunstancias o el efecto que las mismas puedan tener en la ejecución del contrato.

⁹³ *Vid. supra* nota 80.

⁹⁴ *Vid.* IAN R. MACNEIL: "The new social contract" en *supra* nota 86 en p. 801, ("The ultimate goal of the parties to a pure transaction is to bring everything from the past and everything from the future into the immediate present, i.e., a two way presentation.")

⁹⁵ No olvidemos que detrás están la teoría sobre los contratos incompletos que les valieron el premio Nobel de Economía a Oliver Hart y Bengt Holmström en 2016.

⁹⁶ *Vide supra* nota 80 sobre el caso de los "commodities".

⁹⁷ Por ejemplo, un vacío legal de la regulación de CISG que ha generado mucha discusión doctrinal es determinar hasta cuándo las partes tienen que estar en suspenso. Mediante la fijación de un plazo determinado, al estilo de lo que se suele hacer en las clausuras de fuerza mayor, las partes pueden decidir cuándo se puede terminar anticipadamente el contrato siguiendo el art. 72, así como los costos asociados a dicha terminación.

bajo qué circunstancias se terminará el contrato, y cómo se gestionará los derechos y obligaciones post terminación contractual.

52. El art. 71 se convierte así en una poderosa herramienta para gestionar de mutuo acuerdo, de un modo relacional, el riesgo de no ejecución del contrato más allá de la clásica manera transaccional.

V. Conclusión

53. Los redactores de CISG, buscando una regulación que fuese favorable al mantenimiento del contrato y a las prácticas negociales internacionales, promovieron de forma intencionada la colaboración de las partes para un correcto desarrollo del contrato. En particular, las reglas del incumplimiento previsible definidas en CISG junto a la libertad que la propia CISG otorga a las partes para modificarlas, son una poderosa herramienta para que las partes puedan, de forma previa a que ocurra una incertidumbre, gestionar de mutuo acuerdo cómo tratarla en mutuo beneficio. Esto lo pueden lograr usando el remedio de la suspensión del art. 71 CISG para eliminar los impedimentos que puedan surgir en la ejecución del contrato, o mediante una terminación anticipada vía arts. 72 y 73 CISG evitando una ejecución contractual potencialmente inútil para las partes. Esa gestión de las herramientas que el derecho proporciona (en este caso, a través de las reglas del incumplimiento previsible, y en especial el art. 71) es lo que, precisamente, las últimas teorías relacionales de los contratos proponen para que ambas partes consigan una mejora en el resultado económico de sus relaciones contractuales. Y, frente a las complejidades e incertidumbre en la aplicación de lo dispuesto en el art. 79 CISG que, en definitiva, sólo beneficiaría a una parte, suponen una manera más efectiva y eficiente de tratar con las situaciones inesperadas que puedan surgir en la vida de un contrato.