



INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE
INSTITUT INTERNATIONALE POUR L'UNIFICATION DU DROIT F

NOTA DEL SECRETARIADO DE UNIDROIT[&]
SOBRE
LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT
RELATIVOS A LOS CONTRATOS COMERCIALES
INTERNACIONALES
Y
LA CRISIS SANITARIA DEL COVID-19^{*Y}

[&] *La presente nota no tiene por objeto expresar una posición oficial de UNIDROIT sobre la utilización o la interpretación de los Principios de UNIDROIT relativos a los Contratos Comerciales Internacionales. Se trata únicamente de un documento con fines de discusión pública.*

^{*} El Secretariado de UNIDROIT desea agradecer al Profesor Michael Joachim Bonell su ayuda en la redacción de la nota, y al Profesor Marcel Fontaine sus comentarios detallados sobre las diferentes versiones del documento. Igualmente, una especial gratitud es debida al Profesor Bénédicte Fauvarque-Cosson, a Christopher Seppala, a Federico Parise Kuhnle y al Profesor Don Wallace por sus muy útiles comentarios y sugerencias.

^Y Traducción al español de Carlos M. Díez Soto, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Murcia (España).

- I -**INTRODUCCIÓN**

1. **EL DESENCADENAMIENTO DE LA CRISIS SANITARIA Y ECONÓMICA.** La aparición en la ciudad china de Wuhan de un cierto número de pacientes que presentaban síntomas compatibles con episodios previos de enfermedades relacionadas con el coronavirus se convirtió, primero, en una epidemia local, y, poco después, en una pandemia mundial causada por un tipo desconocido de virus llamado COVID-19. Su riesgo potencialmente elevado para la salud, en particular -aunque no exclusivamente- de ciertos sectores de la sociedad, así como su rápida tasa de contagio han obligado a los gobiernos (en momentos diferentes y con diversos grados de intensidad) a adoptar medidas económicas y jurídicas que, a su vez, han dado lugar a multitud de problemas jurídicos en prácticamente todos los ámbitos del Derecho. Una gran parte de la actividad económica se ha visto considerablemente reducida, o completamente paralizada. Ello ha tenido un efecto inmediato sobre las transacciones en el mercado y sobre las relaciones contractuales en curso. Los problemas relativos al cumplimiento de las obligaciones contractuales se han convertido en una de las consecuencias más importantes y extendidas, tanto de la pandemia como de las medidas adoptadas en consecuencia.

2. **LOS EFECTOS DE LA SITUACIÓN SOBRE LAS RELACIONES CONTRACTUALES.** El impacto de la pandemia sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales afecta a los contratos, tanto a nivel nacional (es decir, contratos entre partes del mismo país, sometidas en todo o en parte al Derecho nacional), como internacional (es decir, contratos entre partes situadas en jurisdicciones diferentes o con un componente transfronterizo). A nivel nacional, los diferentes países han afrontado la situación, bien aplicando su Derecho nacional general sobre contratos, bien adoptando una legislación de emergencia, o bien combinando ambas soluciones. La complejidad y la gravedad de la situación fáctica derivada de la pandemia están sometiendo a una dura prueba a muchos de los esquemas generales tradicionales del Derecho nacional de contratos, que ya venían adaptándose mal a las exigencias de la moderna realidad de los mercados. Por otra parte, en el caso de los contratos con un componente internacional, a menos que exista un sistema adecuado de Derecho internacional privado, las fricciones entre los diversos sistemas jurídicos afectados podrían suponer un riesgo adicional, dado que, con frecuencia, existe una falta de coherencia y de coordinación entre las soluciones previstas en los diferentes países. Esta situación no dejará de entorpecer la recuperación económica a medida que la pandemia pierda fuerza. Para remediar esta situación, se podría recurrir a modernos instrumentos jurídicos transnacionales, que ofrecen soluciones novedosas, flexibles y adaptables a las diferentes circunstancias de cada país.

3. **LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT SOBRE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES COMO UN INSTRUMENTO JURÍDICO TRANSNACIONAL ADECUADO PARA AFRONTAR LA SITUACIÓN.** En 1994, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) aprobó y publicó una codificación privada o "restatement" del Derecho internacional de contratos denominada "Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales" (en lo sucesivo, "los Principios")¹. Elaborados por un grupo de expertos

¹ Principios de UNIDROIT relativos a los Contratos Comerciales Internacionales, 4ª ed., 2016, texto completo disponible en inglés en <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> ; y en español en [https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016-overview/spanish-black-letter](https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/unidroit-principles-2016-overview/spanish-black-letter) .

independientes procedentes de todos los grandes sistemas legales y de todas las áreas geopolíticas del mundo, los Principios están ahora en su cuarta edición, adoptada en 2016, y han sido traducidos a más de veinte idiomas². Los Principios son el único instrumento global que ofrece un conjunto de reglas generales y completas aplicables a los diferentes tipos de contratos comerciales, a diferencia de otros documentos jurídicos transnacionales que, o bien están geográficamente limitados desde su origen, o bien tienen su ámbito material restringido a ciertos tipos de contratos³. Los Principios, que constituyen uno de los "buques insignia" de UNIDROIT, y que son reconocidos por igual entre los académicos y entre los prácticos, han influenciado a los legisladores nacionales e internacionales, y están siendo aplicados en la práctica por los particulares, los árbitros y los tribunales a través de diferentes vías⁴.

Las diferentes vías a través de las cuales los Principios de UNIDROIT pueden ser utilizados en la práctica se exponen en su Preámbulo. Además de su utilización como reglas jurídicas que rigen el contrato, o como medio de interpretar e integrar los instrumentos internacionales de Derecho uniforme, el Preámbulo indica expresamente que los Principios pueden ser utilizados como medio de interpretar e integrar el Derecho nacional, y "servir como modelo a los legisladores nacionales e internacionales".

4. **LOS PRINCIPIOS Y EL COVID-19: EL PROPÓSITO DEL DOCUMENTO.** El presente documento pretende ofrecer una orientación sobre el modo en que los Principios podrían ayudar a resolver las principales convulsiones contractuales causadas por la pandemia y por las medidas adoptadas a raíz de la misma. Más que prescribir soluciones específicas, el documento pretende guiar al lector a lo largo del proceso, conduciéndolo a plantear las cuestiones adecuadas y a considerar los hechos y las circunstancias pertinentes en cada caso. Naturalmente, las soluciones variarán en función del diferente contexto que presente la pandemia en cada país; incluso con un conjunto flexible de reglas como los Principios, no existe una solución única.

5. El documento, teniendo en cuenta las diferentes vías a través de las cuales los Principios han sido usados en la práctica hasta el momento, pretende (1) ayudar a las partes a usar los Principios a la hora de aplicar e interpretar los contratos existentes, o de redactar nuevos contratos durante el tiempo de la pandemia o en el periodo posterior; (ii) ayudar a los tribunales, a los colegios arbitrales y a otras instancias decisorias a resolver las disputas que puedan derivar de tales contratos; y (iii) proporcionar a los legisladores un instrumento para modernizar sus regímenes legales en materia de contratos, cuando sea necesario, o, en su caso, para adoptar normas especiales para la presente situación de emergencia.

² Para las ediciones en diversos idiomas, libremente disponibles en Internet, ver <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> .

³ Los Principios han sido formalmente respaldados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que de forma unánime recomendó su uso, como adecuado para los fines previstos (Informe de la Comisión sobre los trabajos de su 45ª sesión (A/67/17), 2012, apartados 137-140).

⁴ Para encontrar amplias referencias a la jurisprudencia y la bibliografía sobre los Principios, ver la base de datos Unilex en <http://www.unilex.info/instrument/principles> .

6. **EL ALCANCE DEL DOCUMENTO: LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA Y DE LAS MEDIDAS DE CONFINAMIENTO SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS.** Aunque la pandemia puede dificultar de muchas maneras diferentes la ejecución ordinaria de los contratos comerciales, los problemas más evidentes se refieren a su cumplimiento por, al menos, una de las partes. Es necesario analizar si las partes pueden invocar el COVID-19 como causa de exoneración de responsabilidad en caso de incumplimiento y, de ser así, sobre la base de qué conceptos y en qué condiciones; además, el análisis debería extenderse también a aquella situación, que probablemente se dará con frecuencia en la práctica, en que el cumplimiento sea todavía posible, pero debido a las circunstancias haya devenido sustancialmente más difícil y/o oneroso.

7. **CONCEPTOS A NIVEL NACIONAL.** A nivel nacional, las dos situaciones arriba mencionadas son normalmente examinadas conforme a conceptos tradicionales tales como “frustración”, “acto de Dios”, “*impossibilité*”, “*Unmöglichkeit*”, “imposibilidad en el cumplimiento”, o como “*imprévision*”, “*Störung der Geschäftsgrundlage*”, “*rebus sic stantibus*”, por no citar más que algunos, y las situaciones pueden variar considerablemente de un país a otro. Además, en algunas jurisdicciones estos conceptos no están expresamente regulados en la ley o en el Código correspondiente, y la jurisprudencia sobre la materia no siempre es coherente.

8. **FUERZA MAYOR (*FORCE MAJEURE*) Y EXCESIVA ONEROSIDAD (*HARDSHIP*) EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.** A nivel transnacional, una aproximación *flexible* y *uniforme* es la adoptada por los Principios de UNIDROIT, concretamente en las disposiciones sobre “Fuerza mayor” (“*Force majeure*”) (artículo 7.1.7) y “Excesiva onerosidad” (“*Hardship*”) (artículos 6.2.2-6.2.4). El tratamiento de la fuerza mayor y de la excesiva onerosidad en los Principios ha tenido una influencia considerable en el contexto nacional e internacional. Los artículos correspondientes han sido introducidos, literalmente o con escasas modificaciones, en un cierto número de codificaciones nacionales, particularmente las de la República Popular China (únicamente la fuerza mayor), de la Federación Rusa, de Francia, de Argentina, de Estonia, de Lituania y de Brasil. A nivel internacional, la *Clause de hardship 2020* de la Cámara Internacional de Comercio (CCI) se inspira en los artículos 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3 de los Principios de UNIDROIT⁵. Del mismo modo, los *ITC Contractual Joint Venture Model Agreements* publicados en 2004 por el Centro del Comercio Internacional CNUCED/OMC indican expresamente que los artículos 18 y 19, referidos respectivamente a la excesiva onerosidad y a la fuerza mayor, están inspirados en las disposiciones correspondientes de los Principios⁶.

9. **LA PRINCIPAL VENTAJA DEL TRATAMIENTO DE LA FUERZA MAYOR Y DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD EN LOS PRINCIPIOS RESIDE EN SU FLEXIBILIDAD.** Contrariamente a la aproximación más tradicional, los Principios no vinculan el eventual recurso a la fuerza mayor para la exoneración de responsabilidad en caso de incumplimiento a una estricta imposibilidad de cumplir o a la frustración de la finalidad del contrato. La referencia a la noción de “impedimento” permite al deudor recurrir a la fuerza mayor incluso cuando una cierta forma de cumplimiento es todavía técnicamente posible, pero el impedimento cumple los estrictos requisitos enunciados en la disposición (ver *infra*, apartados 13 y

⁵ Cfr. <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/> , p. 6.

⁶ Cfr. <http://www.mid-as.it/wp-content/uploads/ITC-Contractual-Joint-Venture-Model-Agreements.pdf> , pp. 56-57.

siguientes)⁷. Además, la novedosa regulación de la excesiva onerosidad y de sus consecuencias (ver *infra*, apartados 33 y siguientes) tiene en cuenta el eventual interés de las partes por preservar el valor del contrato existente, remediando al mismo tiempo el desequilibrio creado por el supuesto de excesiva onerosidad. La principal característica del régimen aplicable en caso de excesiva onerosidad consiste, quizá, en permitir a la parte perjudicada exigir la renegociación, lo que constituye ciertamente una manera muy flexible de incentivar a las partes para buscar las respuestas apropiadas a la nueva situación creada por el cambio de circunstancias. Como veremos en las siguientes secciones, este tipo de flexibilidad facilita la resolución razonable de las controversias, una característica especialmente relevante para el periodo COVID-19 y post-COVID, en el que evitar las reclamaciones judiciales puede resultar esencial para el sistema judicial de un país.

10. **EL CONTENIDO DEL DOCUMENTO.** En las siguientes secciones, introduciremos brevemente los rasgos principales tanto de la fuerza mayor como de la excesiva onerosidad, y nos centraremos en la manera en que los Principios pueden ayudar a resolver estos tipos de problemas contractuales creados por la crisis del COVID-19 (II y III). Antes de ello, sin embargo, esta sección introductoria ofrecerá una presentación de los elementos fácticos, provenientes de las fuentes oficiales, que han sido tomados en consideración para el análisis (“Descripción del caso”). Las referencias a datos procedentes de países específicos, representativos de todas las regiones del mundo, se incluye únicamente con objeto de proporcionar una visión general de la situación global en determinados momentos. Obsérvese que algunos de estos datos, o todos, pueden no ser aplicables a -o relevantes para- otras jurisdicciones específicas. El Secretariado no asume ninguna responsabilidad por la veracidad de la información reproducida en la descripción del caso, y el análisis debe ser leído, *mutatis mutandis*, teniendo en cuenta cualesquiera hechos que puedan sobrevenir.

CÓMO LEER EL PRESENTE DOCUMENTO

El documento debe ser leído al mismo tiempo que los Principios y su comentario. Aunque se incluyan referencias cruzadas cada vez que ello sea pertinente, los Principios proporcionan un sistema completo y cerrado, por lo que otros artículos y comentarios -no citados- deberían ayudar en la interpretación de la nota y en la aplicación de los Principios a los casos derivados del COVID-19. Además, el documento ha sido concebido para ser leído en su integridad. La parte de análisis que es común a la fuerza mayor y a la excesiva onerosidad solo se incluye una vez, allí donde aparece primero; en consecuencia, el lector que pase directamente a la sección sobre la excesiva onerosidad puede dejar de lado ciertas informaciones preciosas.

⁷ A este respecto, el artículo 7.1.7 de los Principios de UNIDROIT está inspirado en el artículo 79 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías (CNUCCIM).

DESCRIPCIÓN DEL CASO

El 31 de diciembre de 2019 la Comisión Municipal de Salud de Wuhan informó sobre un brote de casos de neumonía vinculados a un nuevo coronavirus. El 13 de enero de 2020 se confirmó en Tailandia el primer caso de este virus fuera de China. El 30 de enero de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la emergencia de salud pública de relevancia internacional (PHEIC). En esta fecha, había un total de 7.818 casos confirmados en todo el mundo, la mayoría de ellos en China, y 82 casos detectados en 18 países fuera de China. El 11 de febrero de 2020 el nuevo coronavirus fue denominado COVID-19. El 7 de marzo de 2020 el número total de casos en todo el mundo superó los 100.000, con casos detectados en 100 países. El 11 de marzo de 2020 la OMS calificó el COVID-19 como pandemia. Desde principios de 2020 la evolución de la situación se hizo pública a nivel internacional, y pronto llegó a los principales medios de comunicación. Al tiempo que la situación empeoraba, aumentaba la disponibilidad de información sobre el virus y sus principales características. En el momento en que la OMS declaró la pandemia, se sabía que (i) el virus tenía la capacidad de extenderse de forma rápida y agresiva; (ii) era necesario adoptar medidas especiales en todos aquellos países en que se hubiera detectado la presencia del virus; (iii) los tipos de medidas adoptadas dependían de cada país, en aquel momento⁸.

En lo que se refiere a la expansión del virus, las fechas de los casos oficialmente registrados eran las siguientes, organizadas por regiones: (i) diciembre de 2019, China; 16 de enero de 2020, Japón; 20 de enero, primeros casos registrados en Corea del Sur; entre el 21 y el 24 de enero, se registraron casos en Taiwan, Hong Kong, Macao, Singapur, Malasia, Vietnam y Nepal. El primer caso en América del Norte se identificó en los Estados Unidos el 21 de enero, y en Canadá el 25 de enero. En Europa, los primeros casos se registraron en Francia (24 de enero), Alemania (27 de enero), Finlandia (29 de enero), y España, Italia y el Reino Unido (31 de enero). La progresión de casos fue rápida y firme, con 100.000 (7 de marzo), un millón (2 de abril), dos millones (15 de abril), cinco millones (21 de mayo), nueve millones (22 de junio), y más de 10.190.000 casos a 29 de junio. Del mismo modo, el número de fallecimientos oficialmente registrados también creció rápidamente; el primer fallecimiento fuera de China fue registrado el 1 de febrero (Filipinas); la progresión incluye, como hitos, 5.000 muertes (13 de marzo), 30.000 muertes (28 de marzo), 50.000 muertes (2 de abril), 100.000 (10 de abril), 200.000 (25 de abril), 300.000 (14 de mayo), 400.000 (8 de junio); y, a 29 de junio, el número actual es de más de medio millón⁹.

Las cifras muestran que, si bien hay contagio regional, no hay necesariamente una correlación directa entre el contagio y la proximidad geográfica. Debido al intenso movimiento transfronterizo de personas, el contagio entre diferentes regiones se produce a gran velocidad. Aunque el número de casos y víctimas varía entre los diferentes países, se puede asumir con seguridad que, en un momento dado, un alto porcentaje de personas en cada país eran conscientes (i) de la existencia de una amenaza contra la salud, y (ii) de la probabilidad de que hubieran de adoptarse medidas especiales para limitar la movilidad y las actividades económicas. En lo que se refiere a las medidas adoptadas, todos los países aplicaron medidas restrictivas sobre las actividades sociales y económicas conforme la pandemia se extendía dentro de sus fronteras. Tales medidas variaban en cuanto a su intensidad en las diferentes partes del mundo, y pueden dividirse en tres categorías: tipo 1, con severas restricciones, confinamientos nacionales o regionales de la actividad social y de la libertad de movimiento impuestos mediante disposiciones legales, y suspensión a gran escala de las actividades económicas; tipo 2, con restricciones de la actividad social, reglas entre moderadas y estrictas sobre distanciamiento social, restricciones entre ligeras y estrictas

de la libertad de movimiento, y fronteras parcialmente cerradas con limitaciones a la actividad económica; y tipo 3, con medidas limitadas sin confinamiento obligatorio, algunas medidas económicas, y sobre todo recomendaciones sobre distanciamiento social, con fronteras abiertas o cerradas en diversos grados. Casi todos los países declararon emergencias de salud pública para gestionar sus respectivas crisis. Entre los treinta países examinados para este documento, catorce (Australia, China, Francia, Alemania, India, Italia, Jordania, Malasia, México, Marruecos, Nigeria, Arabia Saudí, Sudáfrica y España) aplicaron medidas que pueden calificarse como Tipo 1; trece (Argelia, Brasil, Camerún, Canadá, Indonesia, Irán, Kenia, Pakistán, Rusia, Países Bajos, Turquía, Reino Unido, y los Estados Unidos de América) aplicaron medidas que pueden calificarse como Tipo 2; mientras que tres (Japón, Corea del Sur y Suecia) aplicaron medidas que pueden calificarse como Tipo 3¹⁰.

Se puede asumir con seguridad que, con la posible excepción de casos muy complejos, o de ciertos sectores que pudieran contar con una información considerablemente mayor que los contratantes ordinarios, la aparición de una pandemia de esta intensidad no era previsible. Sin embargo, una vez que existe una alerta sanitaria en un país y aumenta la información disponible sobre el virus, la previsibilidad de la llegada de problemas al propio país crece correlativamente. La consideración de las medidas adoptadas para contener la crisis sanitaria solo empieza después de que exista un cierto nivel de información sobre el tipo de enfermedad, lo que llevaría consigo el conocimiento público acerca de la probabilidad de expansión de la pandemia: dicho de otro modo, la previsibilidad de los tipos de medidas viene después de la previsibilidad de la pandemia, ya que no hay medidas hasta que existe un problema de salud. Y, fuera de algunas áreas del sector médico, una opinión razonablemente formada sobre lo que las medidas de contención podrían suponer solo aparecería después de que hubiera transcurrido algún tiempo desde el surgimiento de la pandemia. Y, dadas las diferentes respuestas dadas por los países al principio de la crisis del COVID-19, cabría esperar que las partes prestaran atención a la respuesta política nacional (es decir, mientras que a las pocas semanas solamente se disponía de informaciones relativamente claras en cuanto a la amenaza potencial de contagio derivada de la pandemia, ni la gravedad exacta de la enfermedad ni la mejor manera de abordar el problema podían deducirse claramente a partir de una visión comparativa).

11. **TIEMPO, LUGAR Y OTRAS CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES.** En relación con la descripción del caso expuesta, una variable relevante que puede incidir sobre el resultado del análisis puede ser el momento en que se celebró el contrato cuyo cumplimiento se ve afectado por la pandemia. Cabe suponer que pudieron darse al menos cuatro situaciones diferentes, dependiendo del momento de celebración del contrato: (i) antes del 31 de diciembre de 2019; (ii) después del 31 de diciembre de 2019 pero antes del 13 de marzo de 2020 (momento en que la OMS declara la pandemia) o de que la crisis sanitaria fuera de dominio público en el país relevante -aquello que sucediera antes-; (iii) durante el estado de emergencia en la jurisdicción relevante (es decir, durante el periodo en que se aplicaron medidas extraordinarias en dicha jurisdicción); y (iv) después de que el estado de emergencia terminara. El lector que busque orientación respecto al modo en que los Principios podrían aplicarse a la situación de un contrato específico en una jurisdicción

⁸ Fuente: OMS, <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen> .

⁹ Fuente: Universidad John Hopkins, <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> .

¹⁰ Fuente: Fondo Monetario Internacional, <https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19/Policy-Responses-to-COVID-19> .

determinada podría estar interesado en considerar los diferentes escenarios que plantea cada uno de estos momentos. Un lector interesado en un contrato celebrado en las situaciones (iii) y (iv) podría estar particularmente interesado en la parte de este documento relativa a la inclusión de cláusulas contractuales. La otra variable que resultará relevante es el lugar de establecimiento del deudor, y en ciertos casos de ambas partes, en el momento considerado (respecto al impacto potencial de estos factores y sus límites vid. *infra*, apartados 14 y siguientes). De este modo, el análisis de todos los casos debe afrontarse como si el intérprete estuviera resolviendo una ecuación binaria espacio-tiempo, con un cierto número de variables adicionales que puede ser necesario considerar -o no- dependiendo de cada contrato específico.

12. HECHOS QUE SE DEBEN CONSIDERAR CUANDO SE ANALIZAN LA FUERZA MAYOR O LA EXCESIVA ONEROSIDAD. El presente documento se centra en los impedimentos y cambios de circunstancias que afectan a las relaciones contractuales como consecuencia del COVID-19. En el análisis que se desarrolla a continuación, hemos optado por reunir todas estas circunstancias en dos grupos: la pandemia en sí misma y, lo que es más importante por su efecto sobre la ejecución del contrato, las medidas adoptadas para contenerla. Obviamente, esta distinción es puramente funcional, y su objetivo es únicamente simplificar una tarea que, de otro modo, sería imposible llevar adelante con un nivel aceptable de éxito. El lector hará bien en afinar su propio análisis sobre las circunstancias específicas del caso concreto, pero nosotros tenemos que mantener el análisis general en un nivel más abstracto. Todo es una cuestión de grados de causalidad. Todos los impedimentos y cambios de circunstancias -relevantes- tienen su origen en la crisis sanitaria (es decir, no habría medidas si no hubiera pandemia); muchos de esos impedimentos y cambios derivan de forma más directa de las medidas de contención (p. ej., no habría imposibilidad de cumplimiento si las fronteras no estuvieran cerradas o si la producción no estuviera sujeta a un bloqueo); y, a partir de aquí, se sigue un amplio espectro de consecuencias, formando una cadena sin fin de causas y efectos (p. ej., la incapacidad de un deudor para pagar derivada de un incremento en los precios de las materias primas usadas en su producción como consecuencia de una medida de contención). Muchos de los problemas que afectan a la ejecución del contrato estarán causados por una crisis económica derivada, primero, de la pandemia, y, posteriormente, de las medidas aplicadas para contenerla. Pero la creación de categorías adicionales no ayudaría al análisis, ya que ensancharía el conjunto de circunstancias relevantes que habrían de ser consideradas e introduciría tal número de variables adicionales susceptibles de ser consideradas que la fuerza mayor y la excesiva onerosidad podrían ser utilizadas para justificar prácticamente cualquier incumplimiento. Nosotros estamos convencidos de que ello no resultaría útil.

- II -

FUERZA MAYOR (*FORCE MAJEURE*)

ARTÍCULO 7.1.7

(Fuerza mayor)

1. Queda exonerado de las consecuencias de su incumplimiento el deudor que prueba que el incumplimiento se debe a un impedimento que escapa a su control, y que no cabía razonablemente esperar de él que lo tuviera en consideración al tiempo de la celebración del contrato, que lo previniera o lo superara, o que previniera o superara sus consecuencias.
2. Cuando el impedimento es solo temporal, la exoneración produce efectos durante un periodo razonable, teniendo en cuenta los efectos del impedimento sobre la ejecución del contrato.
3. El deudor debe notificar al acreedor la existencia del impedimento y sus consecuencias sobre su capacidad para cumplir. Si la notificación no llega a su destino en un plazo razonable a partir del momento en que tuvo, o habría debido tener, conocimiento del impedimento, el deudor está obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de la falta de recepción.
4. Las disposiciones del presente artículo no impiden a las partes ejercitar su derecho de resolver el contrato, suspender el cumplimiento de sus obligaciones o exigir intereses por las sumas debidas.

13. **LOS CARACTERES DE LA FUERZA MAYOR EN LOS PRINCIPIOS.** El régimen de la fuerza mayor en los Principios se localiza en el capítulo sobre el incumplimiento (Capítulo 7), más exactamente en la sección sobre *Incumplimiento en general*. La consecuencia de la aplicación del art. 7.1.7 es que el deudor queda exonerado de pagar daños y perjuicios por el incumplimiento, y se suspende el cumplimiento cuando el impedimento es solo temporal, mientras que otros derechos del acreedor no se ven afectados (ver *infra*, apartado 23). A pesar de su nombre, el concepto de *fuerza mayor* considerado en el art. 7.1.7 no coincide con el significado tradicionalmente atribuido a dicha expresión en muchas jurisdicciones de Derecho Civil. También se diferencia en ciertos aspectos de otros conceptos equivalentes del Derecho Civil o del *Common Law*. Con él se pretende más bien dar respuesta a las exigencias de la práctica contractual comercial¹¹.

14. Conforme al párrafo 1 del artículo 7.1.7., para que el deudor quede exonerado, el incumplimiento debe haber sido causado por un impedimento que:

- a) escapaba al control del deudor,
- b) no podía razonablemente haber sido previsto por el deudor en el momento de la celebración del contrato, y
- c) no cabía razonablemente esperar que el deudor lo evitara o superara, ni que evitara o superar sus consecuencias.

¹¹ Como ya se ha señalado, el artículo 7.1.7 está inspirado en el artículo 79 CNUCCIM, con algunas clarificaciones (p. ej., en lo que se refiere a los impedimentos temporales (ver *infra* apartado 26) y la utilización de remedios diferentes de la reclamación de daños (ver *infra* apartado 28)).

Por consiguiente, la primera fase del análisis consistirá en determinar si la aparición del COVID-19 y sus consecuencias responden a estos requisitos.

15. **UN IMPEDIMENTO TOTAL O PARCIAL PARA EL CUMPLIMIENTO COMO REQUISITO.** Para responder a esta cuestión, habría que determinar ante todo si el cumplimiento se ha visto realmente impedido. Los Principios *no exigen una estricta imposibilidad de cumplimiento* para invocar la fuerza mayor, pero debe existir un obstáculo relevante y un vínculo causal entre el obstáculo y el incumplimiento. En este caso, el deudor (es decir, la parte que invoca la fuerza mayor) habrá de probar la relación de causalidad entre la pandemia, o las medidas adoptadas por razón de la pandemia, y el incumplimiento de la obligación debida conforme al contrato. La solución podrá entonces variar dependiendo del *tipo de contrato u obligación* de que se trate. Por ejemplo, la epidemia de COVID-19 puede haber impedido el cumplimiento de ciertos contratos al afectar *directamente* a la salud de uno de los sujetos clave (es decir, en aquel caso en que las características personales del deudor constituyen un aspecto esencial de la contraprestación contractual)¹², o causando *indirectamente* la suspensión o restricción temporal de ciertas actividades en virtud de las medidas de contención impuestas por las autoridades públicas (cierre de empresas; limitación de la movilidad transfronteriza de empleados u otros trabajadores, o con impacto sobre la posibilidad de desarrollar alguna actividad en el extranjero; impedimentos relativos a la actividad de las empresas contratantes en otros países, que, p. ej., no pueden importar mercancías de sus proveedores debido a una prohibición de exportación; etc.). Esto, sin embargo, no se aplica a todos los tipos de contratos. Ciertos tipos de contratos podían -y todavía pueden- ser cumplidos regularmente durante el periodo del COVID-19, porque su ejecución no se ha visto afectada, o lo ha sido solo de manera parcial, bien por la pandemia en sí misma o por las medidas de confinamiento (por ejemplo, ciertos sectores del comercio electrónico han prosperado incluso durante la pandemia). Otras consecuencias indirectas pueden tener un impacto sobre la ejecución del contrato y, dependiendo de las circunstancias del caso, deben ser consideradas en este contexto: por ejemplo, las medidas de contención pueden afectar al precio de ciertas mercancías, contribuyendo a un incremento espectacular (e imprevisible) del consumo de una mercancía específica; el temor de los empleados u otros trabajadores ante el peligro para la salud o la vida puede tener un impacto sobre las actividades económicas, aun cuando se haya autorizado la continuación de la producción; las prohibiciones relativas a los viajes o a los movimientos internacionales pueden afectar a la ejecución de contratos de paquetes de viaje o acuerdos contractuales similares¹³. Muchos de estos ejemplos, sin embargo, podrían reconducirse

¹² Como se señala posteriormente en el documento, el impedimento tiene que ser externo y objetivo, en el sentido de que no se trate de un problema subjetivo del deudor. Por ejemplo, una enfermedad "ordinaria" del deudor (p. ej., un caso de apendicitis), que impide su cumplimiento, normalmente no sería considerada como fuerza mayor, ya que tales acontecimientos son parte de los riesgos ordinarios asumidos por las partes contractuales. La diferencia respecto a la pandemia es la excepcionalidad de esta última: un contagio abrumador y generalizado en un breve periodo de tiempo, imprevisible para la población, y que lleva consigo un incremento de riesgo que no habría podido ser considerado *ex ante* como parte de la esfera de riesgo de cualquiera de las partes. En cualquier caso, esta distinción tiene un interés más teórico que práctico: una persona enferma del COVID-19 se vería inmediatamente -y, hasta donde sabemos, en cualquier lugar-, obligada al confinamiento, y por tanto el cumplimiento se habría visto indudablemente impedido por las medidas. Precisamente, debido a las medidas de contención, los efectos físicos de la enfermedad del COVID-19 sobre el deudor son irrelevantes: incluso una persona enferma sin síntomas se vería impedida para cumplir, si el cumplimiento implica un riesgo de contagio para terceros.

¹³ De acuerdo con su Preámbulo, los Principios se aplican a los contratos "comerciales", es decir, se excluyen los contratos celebrados por una parte al margen de su negocio o profesión (cfr. Preámbulo, Comentario 2). Aunque una parte de los paquetes de viaje afectan a consumidores (y por tanto estarían excluidos del ámbito de los Principios), hay también otra parte que incluye

más fácilmente a la categoría de la excesiva onerosidad (ver *infra*, apartados 33 y siguientes) y, en cualquier caso, tendrían que superar el test de los estrictos requisitos exigidos en las disposiciones correspondientes.

16. **SOBRE LA NATURALEZA DE CIERTOS IMPEDIMENTOS.** Otro elemento que debe ser adecuadamente tomado en consideración es el relativo a la naturaleza de las restricciones o de las medidas de confinamiento. Con objeto de evaluar la relevancia del impedimento, parece esencial el carácter obligatorio de las restricciones. Por ejemplo, si bien no hay duda de que la parada obligatoria de la actividad de la empresa que produce el artículo que se debe suministrar constituye un impedimento relevante para el productor contractualmente obligado a suministrar dicho artículo, una simple recomendación de observar ciertas precauciones en la producción, o la imposición de un número limitado de empleados en el espacio de trabajo quizá no siempre cumpla tan claramente con este requisito. Otros elementos adicionales del caso fáctico deberían ser considerados antes de alcanzar una respuesta. En cualquier caso, este último tipo de situaciones podría resolverse mejor recurriendo a la excesiva onerosidad (ver *infra*, Parte III).

17. **FUERZA MAYOR Y “RAZONABILIDAD”.** Los criterios establecidos en el artículo 7.1.7 se basan en la noción de “razonabilidad”, y son, por ello, deliberadamente muy flexibles. La aplicación de tales criterios no se presta para ofrecer respuestas generales nítidas *in abstracto*, sino que se limita a proporcionar los elementos para alcanzar soluciones *in concreto*: como se verá en el análisis que sigue, el intérprete tiene que considerar lo que una persona, actuando de buena fe y en la misma situación que las partes, consideraría como razonable, teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad del contrato, las circunstancias del caso, y los usos y prácticas del sector comercial o profesional implicado.

Los Principios, como otros instrumentos internacionales sobre Derecho uniforme de contratos, tales como la CNUCCIM, no contienen una definición expresa de “razonabilidad”. Para una definición expresa, en línea con su significado en los Principios, ver, por ejemplo, el artículo 1:302 de los Principios sobre Derecho Europeo de Contratos: “A los efectos de estos Principios la razonabilidad debe ser juzgada teniendo en cuenta lo que personas que actuaran de buena fe y en la misma situación que las partes considerarían como razonable. En particular, al valorar qué es razonable deben tenerse en cuenta la naturaleza y finalidad del contrato, las circunstancias del caso, y los usos y prácticas del sector comercial o profesional implicado”.

18. **MÁS ALLÁ DEL CONTROL DE LAS PARTES.** Conforme al artículo 7.1.7, el impedimento que causa la fuerza mayor debe escapar al control del deudor. Hay pocas dudas de que tanto la aparición de la crisis del COVID-19 como las medidas adoptadas para prevenir el contagio escapan al control de todas las partes contratantes, dado que las mismas no pueden influir en el origen de ninguna de las dos¹⁴. La exigencia de control se refiere tanto

contratos comerciales y profesionales, en la que agencias de viajes, guías turísticos, hoteles, o servicios de transporte forman una red de contratos a los que serían aplicables los Principios.

¹⁴ Este mismo podría ser el caso en lo que se refiere a las medidas adoptadas para prevenir el contagio cuando una de las partes contratantes es una institución pública. En esta situación, la adopción de la medida escaparía al control de la parte pública cuando -como sería el caso más frecuente- la aprobación de la decisión de decretar, por ejemplo, un confinamiento, va más allá de las competencias de la empresa u organismo público en cuestión; de igual modo, al mismo resultado se llegaría cuando la administración pública tiene un mandato general de garantizar un interés público, y cuando este interés público consiste en impedir el contagio entre la población.

al impedimento en cuanto tal (por ejemplo, la pandemia, o el confinamiento), como a su aptitud para afectar al cumplimiento en general, pero no se refiere a la situación subjetiva del deudor. Por ejemplo, probablemente no se daría la excepción de fuerza mayor en el caso en que el deudor persona física deje de cumplir un contrato *intuitu personae* por razón de la enfermedad (i) que el deudor ha contraído voluntariamente (p. ej., era joven, no tenía miedo y ha utilizado la enfermedad para evitar el cumplimiento), o (ii) como consecuencia de la inobservancia imprudente de las medidas obligatorias; pero ello sería debido, quizá, a la ausencia de buena fe y/o a la incapacidad del deudor para superar las circunstancias, pero probablemente no porque se pudiera decir que la salud del deudor estaba “bajo su control”.

19. EL REQUISITO DE IMPREVISIBILIDAD Y LA POSIBLE RELEVANCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE LA APARICIÓN DEL VIRUS Y SUS CONSECUENCIAS. Respecto al requisito de que el impedimento fuera imprevisible en el momento de la celebración del contrato (artículo 7.1.7 (1)), el análisis podría en ciertos casos verse favorecido por la distinción entre la pandemia como tal y las diferentes medidas de contención impuestas por las autoridades públicas en los distintos países, ya que el grado de previsibilidad puede no ser necesariamente el mismo. Distinguiremos entre los dos en el análisis que se desarrollará en los siguientes apartados, cuando sea relevante.

20. EL MOMENTO Y EL LUGAR COMO ELEMENTOS FÁCTICOS CLAVE EN EL ANÁLISIS. A fin de determinar si el impedimento consistente en la aparición del COVID-19 era imprevisible, todas las circunstancias fácticas pertinentes deben ser tenidas en cuenta. Dos elementos parecen ser relevantes en todos los casos: el momento de la celebración del contrato y el lugar de establecimiento de las partes¹⁵. Tanto el momento como el lugar serán imprescindibles para permitir la cristalización de las circunstancias relevantes aplicables a un contrato específico, ya que ni el momento de la aparición de la crisis sanitaria ni las medidas adoptadas para contenerla se produjeron al mismo tiempo en todas partes.

21. Salvo que se consideren otras circunstancias, el hecho de que las partes pudieran -o no- *razonablemente* haber previsto la aparición del COVID-19 dependería del momento de celebración del contrato, respecto del cual podrían entrar en juego diferentes fechas, a saber, ciertos hitos relevantes en el desarrollo de la crisis sanitaria y su llegada al dominio público: (i) *en el plano internacional*, el final de diciembre de 2019, en conjunción con los primeros anuncios de la enfermedad por parte de las autoridades chinas; después del 30 de enero de 2020, cuando la OMS declaró el COVID-19 como “emergencia de salud pública de relevancia internacional”; o después del 11 de marzo de 2020, cuando el COVID-19 fue declarada formalmente como pandemia; (ii) respecto a un país específico, el momento en que la situación alcanzó un cierto nivel de gravedad y atrajo suficientemente la atención del público, un hecho que debe determinarse caso por caso y que, aparentemente, podría influir en la previsibilidad en mayor medida que las fechas generales e internacionales anteriormente mencionadas. Hasta que la pandemia alcanza al país donde las partes tienen su establecimiento, las noticias sobre un riesgo sanitario en el extranjero se relacionarían, en ciertos casos, únicamente con la *probabilidad* de que la pandemia se extendiera al país en cuestión. En este tipo de casos, a primera vista, el hecho de que las partes tuvieran su lugar de establecimiento en las regiones inicialmente golpeadas por la pandemia podría,

¹⁵ Para la determinación del “establecimiento” relevante cuando una parte tiene más de un establecimiento, ver el artículo 1.11 de los Principios: “El establecimiento que se ha de tomar en consideración es aquel que tiene la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, teniendo en cuenta las circunstancias conocidas por las partes o consideradas por ellas en cualquier momento anterior a la celebración del contrato o en el momento de su celebración”.

de hecho, haber aumentado la probabilidad de contagio, lo que llevaría consigo la previsibilidad del impedimento. En teoría -así seguiría el argumento-, cuanto más cerca estuviera el país de establecimiento de las partes a un país donde la crisis sanitaria estuviera ya presente, más razonable habría sido esperar que las mismas previeran la pandemia y sus consecuencias sobre la ejecución de los contratos. Ahora bien, los hechos muestran que la propagación de la enfermedad no se ha producido necesariamente entre países limítrofes, de manera que el contagio regional no es, quizá, una conclusión incontestable; y, lo que es más importante, la distancia geográfica entre dos países quizá no es, en sí misma, suficiente para descartar la previsibilidad. Esto no hace sino demostrar la complejidad de afrontar el análisis de la previsibilidad sobre la base de las noticias o informaciones que afectan a países extranjeros. Además, la situación en la que el país de una de las partes todavía no ha sido golpeado por la pandemia (y no hay medidas en vigor) también afecta a un grupo de casos en los que podría esperarse la previsibilidad, porque los acontecimientos en países extranjeros -que ya estuvieran pasando por problemas de salud- pueden probablemente afectar al cumplimiento del deudor. Por ejemplo, una empresa con establecimiento en el país A, que no tiene todavía crisis sanitaria, adquiere materias primas, para su propia producción y su propio proceso de transformación, de otra empresa situada en el país B, gravemente afectado por el COVID-19. En este caso, se podría alegar que la empresa del país A podía razonablemente prever, en un momento dado, que la eventual falta de entrega por parte del suministrador del país B constituiría un impedimento para su propio cumplimiento en el contexto de otro contrato con un tercero.

22. **MEDIDAS GUBERNAMENTALES Y PREVISIBILIDAD.** La complejidad del análisis se incrementa una vez que la pandemia ha cruzado las fronteras del país (o países) de las partes, ya que en tal caso debe considerarse el elemento relativo a las medidas adoptadas por los gobiernos nacionales. No ha habido un único paquete uniforme de medidas aplicadas por todos los gobiernos: los tipos de medidas varían desde las meras recomendaciones hasta el completo cierre económico y el confinamiento doméstico integral; y el calendario de adopción de las medidas también ha variado, dependiendo fundamentalmente de la evolución de la crisis sanitaria en el ámbito nacional. Cada país tiene sus variaciones, y el análisis de previsibilidad, una vez más, debe ser local. En la medida en que se considere relevante para determinar la previsibilidad objetiva en un caso dado, las siguientes informaciones podrían considerarse relevantes para valorar la previsibilidad: (i) una mayoría de países aplicó un cierre completo, medidas de estricto confinamiento, y prohibiciones de viajar durante al menos una parte del tiempo de duración de la crisis sanitaria, y las noticias sobre tales medidas estrictas llegaron a los medios de comunicación internacionales casi inmediatamente después de su adopción; (ii) con algunas llamativas excepciones, una mayoría de países aplicaron las medidas de forma gradual; (iii) con algunas llamativas excepciones, las restricciones eran obligatorias, es decir, impuestas a los residentes en cada país. Teniendo en cuenta este escenario *global*, y en función del momento de celebración del contrato y del lugar de establecimiento de las partes, habría que determinar si dichas partes habrían podido *razonablemente* prever las medidas adoptadas *localmente* por sus respectivos gobiernos, considerando las variables que acaban de mencionarse, así como las complejidades adicionales creadas por la posibilidad de que, en circunstancias específicas, se pudiera razonablemente esperar que el deudor fuera consciente de las medidas introducidas en otro país, independientemente de la proximidad geográfica (ver el ejemplo propuesto *supra*, en el apartado precedente). Otro elemento fáctico que debe tenerse en cuenta es la "dimensión regional/territorial" potencial de la acción gubernamental. Por ejemplo, debería analizarse en qué medida una empresa con establecimiento en un territorio de un Estado no sometido (todavía) a medidas de confinamiento, mientras que otros territorios del mismo Estado se

han visto afectados por tales medidas, debería razonablemente prever que su propio territorio se vería probablemente sometido a restricciones similares en un futuro inmediato.

23. PREVISIBILIDAD DESPUÉS DE QUE LA PANDEMIA HAYA SIDO CONTROLADA Y LAS MEDIDAS HAYAN SIDO LEVANTADAS. En lo que se refiere al momento de celebración del contrato, el análisis debe proporcionar una visión prospectiva sobre la situación de los contratos una vez que haya pasado la pandemia. Más exactamente, la cuestión versaría sobre la previsibilidad de los efectos sobre la ejecución del contrato en el caso de una potencial segunda oleada -o de ulteriores oleadas- de la pandemia. Un análisis fáctico parecería indicar que tampoco hay una respuesta clara a esta cuestión, porque parece poco probable que haya un momento definido de final de la crisis sanitaria, al menos mientras que no se encuentre una vacuna o cualquier otro tipo de remedio permanente. La experiencia demuestra que incluso países que habían reducido la pandemia hasta el punto de no registrar casos por un tiempo superior al periodo de incubación (es decir, quince días sin casos) han sufrido brotes ocasionales de infección. Si se reactiva la movilidad global de pasajeros y bienes, considerando también el alto grado de penetración del virus sufrido por muchos países en todo el mundo, no debería infravalorarse la probabilidad de resurgimiento de la crisis, al menos localmente. La complejidad del análisis se incrementa cuando se tiene en cuenta la necesidad de prever también el tipo de medidas que serían adoptadas en el caso de una segunda o sucesivas oleadas generales -o de muchas locales-. ¿Podría una de las partes del contrato considerar como razonablemente previsibles medidas de confinamiento todavía más estrictas, o al menos medidas similares a las que actualmente han sido adoptadas? O, más bien, a la luz de las informaciones ya disponibles, ¿no sería razonable esperar que la estrategia se centrara en la búsqueda de un confinamiento local de los puntos focales (por tanto, sin confinamiento general ni imposición de restricciones generales de desplazamientos)? Es cierto que este escenario presenta un nivel elevado de incertidumbre, lo que podría abogar en favor de su reglamentación específica en los futuros contratos por medio de cláusulas contractuales *ad hoc*¹⁶.

24. FUERZA MAYOR Y OBLIGACIÓN (O NO) A CARGO DEL DEUDOR DE ACTUAR PARA SUPERAR LAS CIRCUNSTANCIAS. Según el artículo 7.1.7, además del hecho de que el impedimento escape al control del deudor y sea imprevisible en el momento de la celebración del contrato, la exoneración de responsabilidad por incumplimiento exige que el deudor pruebe que no se podía *razonablemente* esperar de él que previniera o superara el impedimento o sus consecuencias. En lo que se refiere a las consecuencias *directas* del impedimento, parece difícil rebatir el hecho de que, si el deudor no estaba en condiciones de cumplir su obligación a causa de la enfermedad, y si la prestación estaba vinculada a su persona (por ejemplo, un cantante contractualmente comprometido para una velada específica), el deudor podría fácilmente probar que no estaba en condiciones de prevenir o de superar el impedimento. En lo que se refiere al efecto de las medidas de confinamiento, el deudor debe probar que no ha podido prevenir o superar el impedimento. Esta prueba puede resultar relativamente fácil de aportar si las medidas adoptadas suponen una parada completa de la actividad económica. Pero ¿qué sucede si la actividad económica se ve afectada en menor medida y/o están disponibles otras fuentes de aprovisionamiento, otras rutas o medios de transporte, eventualmente incluso en otras partes del país afectado o, al menos, en el extranjero? ¿En qué medida podría razonablemente esperarse que el deudor recurriera a ellos? ¿Incluso si tuviera que pagar un precio sensiblemente más

¹⁶ Ver *infra* apartado 30.

elevado? En un caso así, el deudor podría estar legitimado para invocar, si no la fuerza mayor, al menos la excesiva onerosidad, y a exigir la renegociación del contrato (ver *infra* la sección sobre la excesiva onerosidad en los apartados 33 y siguientes).

25. **NOTIFICACIÓN SOBRE LA EXISTENCIA DEL IMPEDIMENTO.** Conforme al artículo 7.1.7 (3) de los Principios el deudor debe “notificar al acreedor la existencia del impedimento y las consecuencias sobre su capacidad para cumplir en un plazo razonable a partir del momento en que ha tenido, o habría debido tener, conocimiento del impedimento”; de otro modo, será responsable de los daños derivados de la falta de notificación¹⁷. Por ejemplo, si el acreedor, a falta de cualquier notificación por parte del deudor y, en consecuencia, desconociendo que el deudor, a consecuencia de un impedimento, no está en condiciones de entregar las mercancías en plazo, las revende a un tercero, de manera que las mercancías han de ser entregadas a dicho tercero tras haberse producido el hecho impeditivo, pero antes de que el acreedor recibiera efectivamente la notificación sobre el mismo, podría reclamar al deudor los *daños de confianza*, es decir, que se le pusiera en la misma situación en la que se encontraría si hubiera recibido a tiempo la notificación sobre el hecho impeditivo. Naturalmente, el deber de compensar los daños, o la cuantía de estos, pueden verse afectados por la probabilidad de que el acreedor fuera consciente, o hubiera debido ser consciente, del impedimento y/o de sus consecuencias, a pesar de la falta de notificación. En otras palabras, el deber de compensar los daños sufridos por falta de -o retraso en la- notificación puede verse equilibrada, en ciertas situaciones fácticas, cuando, dada la extendida presencia en el dominio público de la pandemia y de sus medidas, debería considerarse que el acreedor era consciente del impedimento.

26. **EL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO.** En efecto, por aplicación de la obligación general de mitigar el daño contenida en los Principios, el acreedor no puede permanecer pasivo, de manera que todo daño que él habría podido evitar mediante la adopción de “medidas razonables” para reducirlo no será indemnizado (cfr. artículo 7.4.8). Así, si en el ejemplo propuesto arriba el acreedor -como puede muy bien ser el caso en el contexto de un supuesto de fuerza mayor debido al COVID-19- tiene conocimiento por otras fuentes (por ejemplo, la prensa u otros medios de comunicación) de la incapacidad del deudor para cumplir sus obligaciones, habría podido razonablemente esperarse de él que adoptase medidas para mitigar el perjuicio, por ejemplo evitando revender las mercancías o revendiéndolas en otras condiciones.

27. **EL MOMENTO DE EFICACIA DE LA FUERZA MAYOR PARA LA EXONERACIÓN DEL CUMPLIMIENTO.** Dado que la mayoría de las medidas de contención son (o, al menos originalmente, debían ser) de naturaleza temporal, la exoneración deberá tener efecto “durante el periodo que sea *razonable* teniendo en cuenta el efecto del impedimento sobre la ejecución del contrato” (artículo 7.1.7 (2)). Obsérvese que el lapso de tiempo de la exoneración de cumplimiento no es equivalente a la duración del hecho impeditivo como tal (en este caso, p. ej., el estado de emergencia declarado, o el cierre de una fábrica), sino al efecto de dicho acontecimiento sobre la posibilidad de realizar la ejecución debida conforme al contrato, que puede ser más breve o -más frecuentemente- más amplio que el hecho impeditivo. De este modo si, por ejemplo, debido al COVID-19 la fábrica se cerró durante cinco meses, pero el proceso de producción solo podía *razonablemente* reanudarse

¹⁷ Los Principios no prevén expresamente un deber de notificar el cese del impedimento en caso de eventos de fuerza mayor temporales. Respecto a la posibilidad de que las partes incluyan cláusulas adicionales sobre la notificación, ver *infra*, apartado 30.

completamente después de un mes más, el no cumplimiento del deudor estará justificado durante un total de seis meses.

28. LA APLICACIÓN POR LAS PARTES DE PRINCIPIOS GENERALES ADICIONALES A LA SITUACIÓN DEL COVID-19: PRINCIPIO DE BUENA FE Y DEBER DE COOPERACIÓN. Por aplicación del principio general de buena fe y del deber de cooperación entre las partes contenidos en los Principios (cfr. artículos 1.7 y 5.1.3)¹⁸, el acreedor debe hacer todo lo que *razonablemente* cabría esperar de él para permitir al deudor evitar el hecho impeditivo o superar sus consecuencias (cfr. artículo 5.1.3). Por ejemplo, si el deudor ya no puede contar con su proveedor habitual situado en el país X debido a una prohibición de exportación impuesta por las autoridades estatales de ese país, y el acreedor conoce canales alternativos de suministro que todavía están disponibles en el país Y, cabe esperar de él que informe al deudor sobre dicha posibilidad.

29. REMEDIOS DISPONIBLES PARA EL ACREEDOR. Una vez establecida la existencia de una exoneración por fuerza mayor del deudor, ¿qué remedios tiene a su disposición el acreedor? Conforme al párrafo 4 del artículo 7.1.7, *el acreedor puede inmediatamente suspender el cumplimiento de su obligación* (cfr. párrafo 2 del artículo 7.1.3¹⁹) y, *si el retraso en el cumplimiento por parte del deudor constituye un incumplimiento esencial, puede resolver el contrato* (cfr. artículo 7.3.1)²⁰: un incumplimiento esencial se produciría, por ejemplo, cuando el acreedor tiene motivos para creer que no puede contar con el cumplimiento por parte del deudor en un futuro determinado, o si un cierto retraso hace que el cumplimiento devenga objetivamente inútil. Por otra parte, si el incumplimiento justificado del deudor consiste en un retraso en el pago debido, por ejemplo, a la regulación sobre el control de cambios impuesta como consecuencia de la crisis económica desencadenada a raíz de la crisis del COVID-19, el acreedor puede igualmente exigir intereses sobre el dinero bloqueado, a modo de compensación por los intereses percibidos por el deudor durante el periodo de no pago; y la misma lógica se aplicaría, *mutatis mutandis*, respecto a la exportación o la entrega de un bien que ha sido retenido por las autoridades aduaneras, pero que ha permanecido en posesión del deudor. En cualquier caso, los derechos del acreedor no están sometidos al plazo ordinario de prescripción de tres años en tanto el deudor pueda invocar un medio de defensa fundado en la fuerza mayor (cfr. artículo 10.8)²¹.

30. LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS DE FUERZA MAYOR AD HOC. Dado que los Principios de UNIDROIT contienen necesariamente disposiciones de carácter general sobre la fuerza

¹⁸ Artículo 1.7: “Buena fe- 1) Las partes están obligadas a actuar conforme a las exigencias de la buena fe en el comercio internacional. 2) Las partes no pueden excluir esta obligación ni limitar su alcance”. Artículo 5.1.3: “Deber de cooperación- Las partes tienen un deber de cooperación entre ellas en el cumplimiento de sus obligaciones cuando ello se puede esperar razonablemente”.

¹⁹ Artículo 7.1.3: “Suspensión del cumplimiento- (1) La parte obligada a ejecutar su prestación al mismo tiempo que la otra parte puede suspender su cumplimiento en tanto esta no haya ofrecido cumplir la suya. (2) Cuando las partes deben cumplir de forma consecutiva, la parte que ha de cumplir más tarde puede suspender su cumplimiento hasta que la primera haya cumplido”.

²⁰ Artículo 7.3.1: “Facultad de resolver el contrato- (1) Una parte puede resolver el contrato cuando el hecho de que la otra parte haya dejado de cumplir una obligación conforme al contrato implique un incumplimiento esencial”.

²¹ Artículo 10.8: “Suspensión en caso de fuerza mayor, muerte o incapacidad- (1) Si, a causa de un impedimento que escapa a su control y que no podía evitar ni superar, el acreedor se ha visto impedido para interrumpir el transcurso de la prescripción conforme a los artículos precedentes, el plazo general de prescripción se ve suspendido, de manera que no expirará antes de que haya transcurrido un año desde que el impedimento en cuestión dejó de existir”.

mayor, la mitigación del daño y el deber de cooperación entre las partes, estas pueden estar interesadas en estipular en sus contratos existentes (si están sujetos a renegociación) o futuros una cláusula específica de fuerza mayor que incluya disposiciones más detalladas, o que descarte ciertos requisitos impuestos por las normas generales de los Principios. Características frecuentes de las cláusulas de fuerza mayor, tal como aparecen en la práctica, son, por ejemplo, la atenuación de algunas de las condiciones de la fuerza mayor anteriormente mencionadas; indicaciones más específicas sobre los medios para aportar la prueba del impedimento; o la inclusión de un mecanismo de renegociación de los términos del contrato en caso de que el impedimento se mantenga durante un cierto periodo, que puede contener previsiones para el caso de que la renegociación falle. Dada la incertidumbre sobre la duración de la crisis sanitaria y la potencial reaparición de nuevas oleadas, la inclusión por las partes de una cláusula detallada podría ser aconsejable para futuros contratos, o para los contratos existentes sujetos a renegociación. El posible contenido de dichas cláusulas podría incluir:

30.1. En lo que se refiere particularmente a las situaciones creadas por una pandemia como la del COVID-19, las partes pueden convenir que, si los hechos impositivos dejan de existir, el deudor debe, sin demoras indebidas, informar al acreedor a fin de permitirle actuar en consecuencia, por ejemplo evitando celebrar un contrato de reemplazo o renegociando los términos del contrato para el periodo posterior a la pandemia y/o las medidas de confinamiento.

30.2. Las partes pueden también estar interesadas en hacer depender el efecto exonerador de la pandemia o de las medidas de contención impuestas por la autoridad pública de su extensión territorial, es decir, local o nacional. Esto parece especialmente relevante, dada la posibilidad de que los futuros brotes puedan tener una dimensión local, al igual que sucede con las medidas impuestas para afrontar cada nuevo brote. También pueden prever que, si la duración de la pandemia y/o de las medidas de contención tiene el efecto de privar sustancialmente a las partes de lo que razonablemente estaban legitimadas para esperar conforme al contrato (o supera un cierto periodo de tiempo, p. ej. 120 días), cualquiera de las partes estará legitimada para resolver el contrato mediante preaviso formulado dentro de un plazo razonable.

30.3. En particular, las partes de contratos de larga duración pueden convenir que, con el fin de mantener su relación comercial, en lugar de ponerle fin a raíz del desencadenamiento de la pandemia y/o de la adopción de medidas de confinamiento, las obligaciones contractuales del deudor queden temporalmente suspendidas mientras duren los hechos impositivos del cumplimiento del contrato (o durante otro periodo determinado, por ejemplo 90 días adicionales), que cualquier derecho de una u otra parte para poner fin al contrato quede suspendido de la misma manera, y que, si al final de dicho periodo los hechos impositivos del cumplimiento siguen existiendo, las partes negociarán con objeto de prolongar la suspensión en condiciones aceptables para ambas; las partes podrían igualmente prever una salida alternativa en caso de que tal acuerdo no pudiera alcanzarse, como, por ejemplo, un derecho a exigir la renegociación (sobre este último punto, ver los apartados 42 y siguientes sobre la excesiva onerosidad).

31. **ORIENTACIONES PARA LA ELABORACIÓN DE UNA REGLAMENTACIÓN NACIONAL AD HOC.** Finalmente, las sugerencias anteriormente formuladas para la redacción de contratos podrían igualmente, *mutatis mutandis*, inspirar a los legisladores nacionales interesados en promulgar normas especiales adecuadas para reaccionar frente a la emergencia o sus consecuencias, precisando en mayor medida las condiciones y requisitos, también con

particular atención a las especiales necesidades planteadas por los contratos de larga duración.

32. LAS CLÁUSULAS DE FUERZA MAYOR Y LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO. Cuando se ha previsto en el contrato una cláusula de fuerza mayor, la misma prevalece sobre las disposiciones de los Principios. En este sentido, sin embargo, una cuestión importante que ha de considerarse -y que se plantea con frecuencia en la práctica, también a propósito de la aplicación del Derecho interno- está vinculada a la manera en que la cláusula se redacta, y afecta a su interpretación y a su relación con las disposiciones generales supletorias. Por ejemplo, sucede con frecuencia que la cláusula incluye una lista de acontecimientos específicos (como catástrofes naturales, guerras, explosiones, avería de maquinaria, huelgas, prohibiciones públicas, etc.; aunque, debido a la experiencia pasada, las pandemias referidas a toda la humanidad raramente -si acaso- han venido siendo incluidas en tales listas). Conviene en este punto llamar la atención sobre el hecho de que la inclusión de una lista de acontecimientos específicos a continuación de una definición más general de la fuerza mayor puede plantear problemas de interpretación: ¿los acontecimientos enumerados deben ser considerados como supuestos de fuerza mayor en sí mismos o -como parece más probable- solo si cumplen los requisitos derivados de la definición general? Por otra parte, la lista incluida en la cláusula ¿se limita a proporcionar ejemplos de acontecimientos potenciales, o tiene un carácter exhaustivo? Si las pandemias no aparecen expresamente enumeradas en la cláusula, y no está claro que la cláusula no sea exhaustiva, ¿significa ello que las pandemias no son consideradas *a priori* como supuestos de fuerza mayor? ¿O puede la pandemia considerarse cubierta por otras expresiones más generales, tales como “catástrofes naturales” o, con mayor probabilidad, “plagas” o “emergencias sanitarias”? A este respecto, conviene observar que todo problema relacionado con la interpretación de la cláusula y su relación con las disposiciones supletorias de los Principios habrá de resolverse mediante la aplicación de las reglas sobre la interpretación del contrato incluidas en los propios Principios (cfr. Capítulo 4 de los Principios: artículos 4.1 a 4.8). Tales problemas podrían, sin duda, verse atenuados mediante una redacción precisa de la cláusula.

- III -

EXCESIVA ONEROSIDAD (*HARDSHIP*)

ARTÍCULO 6.2.2 (Definición de la "excesiva onerosidad" (<i>hardship</i>))	ARTÍCULO 6.2.3 (Efectos de la "excesiva onerosidad" (<i>hardship</i>))
<p>Hay "excesiva onerosidad" (<i>hardship</i>) cuando el equilibrio del contrato se ve alterado de modo fundamental por la superveniencia de ciertos eventos, bien porque el coste 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:</p> <p>(a) dichos eventos sobrevienen o llegan a ser conocidos por la parte perjudicada después de la celebración del contrato;</p> <p>(b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte perjudicada en el momento de celebrarse el contrato;</p> <p>(c) los eventos escapan al control de la parte perjudicada; y</p> <p>(d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte perjudicada.</p>	<p>(1) En caso de "excesiva onerosidad" (<i>hardship</i>), la parte perjudicada puede requerir la renegociación del contrato. Tal requerimiento deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.</p> <p>(2) El requerimiento de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte perjudicada para suspender el cumplimiento.</p> <p>(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.</p> <p>(4) Si el tribunal determina que se da una situación de "excesiva onerosidad" (<i>hardship</i>), y siempre que lo considere razonable, podrá:</p> <p>(a) resolver el contrato en la fecha y condiciones que se fijen; o</p> <p>(b) adaptar el contrato con objeto de restablecer su equilibrio.</p>

33. **EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS CAUSADO POR EL COVID-19 Y LA REGULACIÓN DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD EN LOS PRINCIPIOS.** Como se mencionó en las secciones anteriores de esta nota, la situación creada por la aparición de la crisis sanitaria del COVID-19 y sus medidas de contención puede, no solo afectar a la capacidad del deudor para cumplir, sino también alterar sustancialmente las circunstancias del cumplimiento originalmente previstas en el contrato para dicho deudor. Los Principios abordan este tipo de situación por medio de las disposiciones sobre excesiva onerosidad. La sección dedicada a la excesiva onerosidad comienza subrayando el carácter vinculante del contrato y de la atribución de riesgos tal como fue inicialmente prevista por las partes (artículo 6.2.1): "Si el cumplimiento de un contrato deviene más oneroso para una de las partes, esta está sin embargo obligada a cumplir sus obligaciones, salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre excesiva onerosidad" (es decir, los artículos 6.2.2 y 6.2.3, reproducidos literalmente arriba). El cumplimiento, tal como se acordó inicialmente, se concibe por tanto como vinculante a pesar del cambio de circunstancias, con independencia, en principio, de la carga que ello pueda suponer para el deudor. Pero esta regla general está sujeta a excepciones cuando *circunstancias sobrevinidas alteran fundamentalmente el equilibrio*

del contrato. Esta alteración supondría “excesiva onerosidad” conforme a los Principios, siempre que se den determinados requisitos adicionales.

34. LOS REQUISITOS PARA INVOCAR LA EXCESIVA ONEROSIDAD CONFORME A LOS PRINCIPIOS. Según el artículo 6.2.2 de los Principios de UNIDROIT, hay excesiva onerosidad cuando sobrevienen acontecimientos que alteran *fundamentalmente* el equilibrio de las prestaciones, ya sea porque el coste del cumplimiento de las obligaciones de una de las partes haya aumentado, o porque el valor de la contraprestación que una de las partes recibe haya disminuido, y siempre que tales acontecimientos (a) hayan sucedido o hayan sido conocidos por la parte perjudicada después de la celebración del contrato; (b) no podían razonablemente haber sido tenidos en cuenta por la parte perjudicada al tiempo de la celebración del contrato; (c) escapan al control de la parte perjudicada; y (d) el riesgo de tales acontecimientos no había sido asumido por la parte perjudicada. Por *parte perjudicada*, los Principios entienden la parte del contrato cuyo cumplimiento ha llegado a ser indebidamente oneroso como consecuencia de acontecimientos que cumplen los requisitos expuestos. La cuestión es determinar si la aparición de la pandemia del COVID-19 y sus consecuencias pueden dar lugar a un caso de excesiva onerosidad para una de las partes contractuales -la parte perjudicada- conforme a los Principios.

35. EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS DEBE SER FUNDAMENTAL Y OBJETIVAMENTE VERIFICABLE. Como sucedía con la fuerza mayor, la posibilidad de invocar el perjuicio en una situación derivada del COVID-19 dependerá, naturalmente, de todas las circunstancias relevantes en cada caso. En primer lugar, quizá sea necesario establecer de nuevo una distinción entre la pandemia como tal y las diversas medidas de confinamiento impuestas por las autoridades públicas de los diferentes países, aunque la mayor parte de los problemas estarán directamente vinculados a estas últimas. El cambio de circunstancias generado por el COVID-19 deberá modificar *fundamentalmente* el equilibrio entre las partes previsto en el contrato. No existe una medida cuantitativa exacta de lo que debe ser considerado como “fundamental”, pero cualquier aplicación a un caso concreto debe estar basada en todas las circunstancias relevantes del contrato y de su contexto (naturaleza del contrato, características del cumplimiento esperado, condiciones del mercado correspondiente en el momento considerado, etc.). Por otra parte, los nuevos hechos deben modificar la situación de manera tan sustancial que habría podido conducir a las partes a no celebrar el contrato o a haberlo celebrado en condiciones diferentes, si tal situación hubiera sido considerada por ellas *ex ante*. La modificación fundamental del equilibrio por una causa vinculada al COVID-19 debe haber aumentado el coste de la prestación de una de las partes o disminuido el valor de dicha prestación para una de las partes (incluyendo el caso de que la prestación haya perdido totalmente su valor para la parte destinataria) y, en ambos casos, es necesario que el aumento del coste o la disminución del valor puedan ser constatados y determinados *objetivamente*. Conviene en todo caso observar que la excesiva onerosidad solo afectará a las prestaciones no ejecutadas: la parte perjudicada no podrá invocar un aumento sustancial de los costes o una disminución del valor de la parte que ya haya ejecutado.

36. EJEMPLOS DE AUMENTO EN EL COSTE DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. Respecto al aumento de los costes, el cambio de circunstancias que da lugar a la excesiva onerosidad afectará con frecuencia a la parte que ha de cumplir una obligación no pecuniaria. Una manifestación de excesiva onerosidad de este tipo podría darse, por ejemplo, cuando un distribuidor de mascarillas y vestuario de protección, debido a una prohibición de exportación impuesta como consecuencia del COVID-19 por la autoridad pública del país X, donde está establecido su proveedor habitual, tiene que adquirirlos a un precio

sustancialmente superior de otro proveedor situado en otro país. Una situación similar podría darse cuando la específica materia prima usada en la manufactura de productos que han de ser entregados conforme al contrato experimenta un importante incremento de coste, bien porque la crisis sanitaria ha incrementado los costes de extracción del material, debido a la restricción obligatoria del número de trabajadores que pueden encontrarse en un mismo espacio, o bien porque el proveedor del material no está en condiciones de obtener ciertas sustancias necesarias para usar medios mecánicos de extracción.

37. EJEMPLOS DE REDUCCIÓN DEL VALOR DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. La reducción (o eliminación) del valor del cumplimiento de las obligaciones de una de las partes puede haberse dado con frecuencia durante la crisis del COVID-19, en particular en aquellos países donde la actividad económica se ha visto prácticamente suspendida durante un cierto periodo. Una situación de excesiva onerosidad puede sobrevenir, por ejemplo -dependiendo, naturalmente, de todas las demás circunstancias relevantes del caso-, cuando un arrendatario que está explotando un restaurante se ve obligado a seguir pagando al arrendador, propietario del local donde está situado el restaurante, la renta inicialmente convenida, a pesar de que, como consecuencia del COVID-19, la autoridad pública solo permite al restaurante funcionar mediante la venta de comida para llevar (o, lo que haría el análisis todavía más complejo, con solo un tercio de las mesas habituales). O cuando el arrendatario de un camión de gran tonelaje y gran capacidad no puede utilizarlo a causa del bloqueo de desplazamientos impuesto a este tipo de vehículos. O cuando un club de fútbol debe seguir pagando a sus jugadores unos salarios que están lejos de ser modestos, convenidos inicialmente, cuando los partidos de fútbol deben desarrollarse sin espectadores durante el resto de la temporada²².

38. EL MOMENTO DEL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS. Si, a efectos de la discusión, se admite que los ejemplos señalados implican una modificación fundamental del equilibrio entre las partes, la parte perjudicada todavía debe cumplir algunos requisitos adicionales. Conforme al artículo 6.2.2, para que la parte perjudicada pueda invocar con éxito la excesiva onerosidad, con los efectos previstos en el artículo 6.2.3, las medidas de confinamiento que causan la excesiva onerosidad (por ejemplo, la prohibición de exportación impuesta por la autoridad pública del país X, o el cierre parcial de restaurantes, o las restricciones en los estadios mencionadas en el apartado 31) deben, ante todo, haber tenido lugar o haber sido conocidas por la parte perjudicada *después de la celebración del contrato*. De este modo, parecería que esta condición se cumple en el caso de los contratos celebrados antes del final del mes de diciembre de 2019. A partir de ese momento, la posibilidad de que las medidas hayan sido adoptadas antes de la celebración del contrato variará en función del momento y del país, pero, en cualquier caso, se trata de una exigencia que, en principio, no planteará problemas de interpretación: tanto la fecha de publicación de las medidas pertinentes como, en la mayor parte de los casos, la fecha de celebración del contrato, deberían ser hechos accesibles y no controvertidos. Un aspecto que podría requerir un análisis más profundo se refiere a la determinación del momento relevante de superveniencia del hecho. El intérprete deberá decidir, sobre la base de las circunstancias

²² Como siempre, se trataría de un caso de excesiva onerosidad sujeto a un atento examen de todas las circunstancias del caso. Por ejemplo, la existencia de la excesiva onerosidad, o la amplitud del perjuicio, pueden verse cualificados por el porcentaje de la actividad global del club de fútbol representado por los ingresos generados por los espectadores que asisten a los partidos de fútbol: ¿estaría justificado reducir los salarios cuando, por ejemplo, el 95% de los ingresos proceden de fuentes alternativas (derechos de televisión, etc.)? Es un ejemplo del tipo de circunstancias que han de ser tenidas en cuenta en el análisis.

del caso, cuándo tiene lugar la “superveniencia” del hecho, a fin de dar cumplimiento a esta regla de la excesiva onerosidad. ¿Debería haber una diferencia relevante entre el anuncio de las medidas y su entrada en vigor, por ejemplo? ¿Cuál sería la solución si el contrato hubiera sido celebrado entre el día de aprobación de la medida en cuestión por el gobierno y su entrada en vigor, por ejemplo tres días más tarde? A primera vista, la respuesta a estas cuestiones podría depender de la probabilidad de que la parte afectada tuviera conocimiento de ello. Dando por sentado que estas medidas son frecuentemente reguladas por ley (en sentido amplio, incluyendo los reglamentos vinculantes) y que, de todos modos, las mismas han gozado de notoriedad pública durante toda su vigencia, la diferencia, en términos temporales, entre la aparición de las medidas de confinamiento y su conocimiento efectivo por la parte perjudicada podría ser despreciada en la mayor parte de los casos. Una vez más, la existencia de elementos internacionales puede incrementar la complejidad del análisis. Por ejemplo, puede resultar más difícil determinar en qué momento el deudor habría debido tener conocimiento de las medidas de confinamiento adoptadas en otro país y que puedan afectar a su propia capacidad para cumplir sus obligaciones en virtud de un contrato, y en qué medida el anuncio público de estas medidas debe diferenciarse de la adopción de una ley o de un reglamento.

39. **LA FALTA DE PREVISIBILIDAD OBJETIVA DEL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS.** Otro elemento relevante para la aplicación del principio de excesiva onerosidad es que la parte perjudicada debe probar que no habría podido razonablemente tomar en consideración la futura extensión de la propagación de la pandemia o la aplicación de las medidas de confinamiento en el momento de la celebración del contrato. En lo que concierne a este punto, nos remitimos al análisis desarrollado anteriormente en cuanto a la fuerza mayor (ver los apartados 19 y 23). Nuevamente, la solución dependería en último término de las circunstancias del caso, y especialmente del lugar y del momento de celebración del contrato, del lugar de establecimiento de las partes, y del momento y manera en que las medidas de confinamiento subsiguientes fueron adoptadas por las autoridades públicas en los respectivos países. Por otra parte, el hecho de que las circunstancias sean eventualmente susceptibles de cambiar progresivamente parecería hacer depender cualquier solución de los detalles de cada caso. Por ejemplo, podría suceder que el contrato hubiera sido celebrado después de que el público hubiera sido ampliamente informado del problema del COVID-19, por ejemplo después del 13 de marzo, cuando la OMS declaró que la crisis sanitaria era una pandemia. Podría ser razonable deducir que, si un contrato había sido celebrado el 20 de marzo y el país en que la parte -posteriormente perjudicada- ejercía sus actividades ya había conocido algunos casos, la parte -posteriormente perjudicada- podría haber tenido suficiente información para prever el evento. Pero ¿qué sucedería si el gobierno de dicho país hubiera negado de forma reiterada la gravedad del problema o, más verosímelmente, si hubiera declarado abiertamente que no tenía intención de adoptar medidas de confinamiento severas, o incluso de proceder a una interrupción de actividades? Cuando, solo pocos días después, el gobierno cambia su enfoque e impone un confinamiento completo y una parada total de toda actividad económica, ¿ello habría sido previsible? Para el lector que se apresure a asentir, ¿la respuesta sería igualmente positiva si la rectificación del gobierno no estuviera fundamentada en un fuerte aumento de casos?

40. **REQUISITOS ADICIONALES PARA INVOCAR LA EXCESIVA ONEROSIDAD.** Los últimos dos requisitos respecto a la aparición del COVID-19 y las medidas de confinamiento impuestas como consecuencia de la misma no parecen, en general, difíciles de cumplir: tanto la pandemia como sus medidas de contención, obligatorias e impuestas por el Estado, estarían fuera del control de las partes contractuales; y las partes deberían saber de qué manera se distribuyó en el contrato el riesgo de su superveniencia.

41. **LA ASUNCIÓN DEL RIESGO POR LA PARTE PERJUDICADA.** La asunción voluntaria de las consecuencias de la aparición de la pandemia merece, sin embargo, ser examinada con mayor detalle. Siendo la excesiva onerosidad una injerencia cualificada y excepcional en el principio de distribución de riesgos en el cumplimiento del contrato, la parte perjudicada puede, evidentemente, haberla excluido mediante la asunción del riesgo del cambio de circunstancias de que se trate, habitualmente de forma expresa, pero también, eventualmente, de manera implícita, lo que se constataría mediante la interpretación del contrato a la luz de todas las circunstancias (ver especialmente el artículo 4.3 de los Principios). Un ejemplo de asunción tácita de los riesgos: un cantante de ópera extranjero acepta cantar en una ópera con cantantes locales en el país X, en el que ya se han detectado los primeros casos de COVID-19. El cantante invitado ha aceptado cantar a pesar de que, algunos días antes de la representación programada, dos de los cantantes locales habían tenido test positivos y habían tenido que ser reemplazados por otros cantantes locales. El cantante invitado se ha infectado y ha tenido que pasar la cuarentena durante dos semanas, lo que ha supuesto una importante pérdida de ingresos. La cuestión aquí es saber si el cantante tendría o no derecho a invocar la excesiva onerosidad frente al empresario de la representación, porque había asumido el riesgo de ser infectado. En lo que se refiere a la asunción expresa del riesgo, la parte perjudicada estaría excluyendo, *ex ante*, los remedios previstos en caso de excesiva onerosidad mediante la inclusión de una cláusula en la que se previera la adaptación automática del contrato. Conviene observar que, para que una cláusula como esta implique una renuncia a los remedios en caso de excesiva onerosidad, la cláusula de adaptación debe contemplar el evento específico que causa el desequilibrio que sobreviene entre las partes.

42. **LA RENEGOCIACIÓN DEL CONTRATO A LA LUZ DE LAS NUEVAS CIRCUNSTANCIAS.** En caso de excesiva onerosidad, los Principios de UNIDROIT pretenden permitir a las partes que restablezcan el equilibrio que se ha visto alterado por un conjunto de circunstancias que han situado a una de las partes en una posición fundamentalmente desventajosa. Se trata de una herramienta particularmente relevante y útil para los contratos de larga duración, donde podría con frecuencia ser interesante para ambas partes tener la seguridad de que circunstancias temporales y excepcionales (como las generadas por el COVID-19 y las medidas derivadas de ella) no frustrarán una relación que, de otro modo, se consideraría equilibrada y beneficiosa para ambos. A la luz de esta finalidad, la parte perjudicada está legitimada para requerir la renegociación del acuerdo original con objeto de adaptarlo a las nuevas circunstancias. El requerimiento ha de hacerse sin retrasos indebidos, y deberá indicar las razones en las que se fundamenta (artículo 6.2.3 (1)). El tiempo razonable para requerir la renegociación depende de las circunstancias específicas, y puede ser más largo cuando el cambio de circunstancias se produce de forma gradual, como podría ocurrir en el caso de las medidas para contener la crisis del COVID-19 que se adopten gradualmente en un país determinado. El requerimiento para poner en marcha la renegociación no legitima por sí mismo a la parte perjudicada para suspender su propio cumplimiento (artículo 6.2.3 (2)), a menos que se den circunstancias excepcionales que objetivamente lo justifiquen; circunstancias que estarían vinculadas a la imposibilidad de eliminar -incluso parcialmente- las consecuencias del cumplimiento antes de que la renegociación tenga lugar²³.

²³ Una ilustración posible, que sigue los comentarios de los Principios (ver Comentario 4 al artículo 6.2.3), consistiría en los siguientes hechos: A celebra un contrato con B para la construcción de una fábrica, que ha de ser construida en el país X. Este país adopta nuevas reglas de seguridad a la vista de los riesgos planteados por la pandemia del COVID-19, exigiendo el uso de maquinaria adicional, y un tipo diferente de materiales, más costosos, pero más seguros para los constructores

43. **EL DESARROLLO DE LA RENEGOCIACIÓN.** Tanto el requerimiento de renegociación por la parte perjudicada como el comportamiento de las partes durante el proceso de renegociación están sometidos al principio general de la buena fe (ver artículo 1.7) y al deber de cooperación (ver artículo 5.1.3). De este modo, la parte perjudicada debe creer honestamente que hay realmente una situación de excesiva onerosidad, y no requerir la apertura de la renegociación por una pura maniobra táctica. De modo análogo, cuando el requerimiento se ha realizado, las dos partes deben desarrollar las negociaciones de un modo constructivo, en particular absteniéndose de cualquier forma de obstrucción, y facilitando todas las informaciones necesarias (ver el comentario 5 del artículo 6.2.3). La renegociación debe estar orientada a restablecer el equilibrio perdido, inicialmente acordado. Por tanto, no se concibe como un nuevo punto de partida para renegociar los términos de un contrato *ex novo*, sino más bien como una oportunidad para reproducir, en las nuevas circunstancias, el reparto de derechos basado en la proporcionalidad prevista en el acuerdo inicial. Conviene observar que las disposiciones de los Principios relativas a la formación del contrato (Capítulo 2) y a su validez (Capítulo 3) serían aplicables a la celebración del nuevo acuerdo resultante de la renegociación. Estas disposiciones ofrecerían un remedio, por ejemplo, en caso de que una de las partes, prevaliéndose de las circunstancias excepcionales generadas por la pandemia, intentara, de manera injustificada, aprovecharse de manera desleal del estado de dependencia de la otra parte, de su inestabilidad económica, o de la urgencia de las necesidades derivadas de la situación de COVID-19 (ver artículo 3.2.7).

44. **LA INTERVENCIÓN DE UN ÁRBITRO A FALTA DE ACUERDO ENTRE LAS PARTES.** Si las partes no logran alcanzar un acuerdo en un tiempo razonable, cualquiera de ellas puede recurrir a un tribunal o a una instancia arbitral que, si aprecia excesiva onerosidad, puede dar por resuelto el contrato en la fecha y términos que se fijen, o adaptar el contrato con objeto de restaurar su equilibrio, pero solo si ello es *razonable* (artículo 6.2.3 (3) y (4)). De este modo, el tribunal o la instancia arbitral pueden, por ejemplo, dar por resuelto el contrato pero, simultáneamente, posponer el momento en que la resolución tendrá efecto y/o excluir para ambas partes cualquier derecho a reclamar daños, o revisar el precio con objeto de distribuir equitativamente entre las partes el incremento de costes o la pérdida sufrida. Sin embargo, si en el caso concreto el tribunal encuentra que ninguna de estas soluciones es apropiada, puede, bien imponer a las partes que retomen las negociaciones, o bien simplemente confirmar los términos del contrato tal como están (cfr. Comentario 7 al artículo 6.2.3 (4)). Al menos para los contratos celebrados antes del final de 2019, o en las primeras fases de desarrollo de la crisis sanitaria, la aparición de una pandemia global y las medidas extremas adoptadas en muchos países parecerían un caso probable para un cierto reparto de las pérdidas causadas por estas circunstancias extraordinarias. Pero, de nuevo, esta afirmación podría verse matizada considerando las circunstancias específicas del caso. La importancia de una adecuada renegociación y restauración del equilibrio contractual entre las partes no puede ser sobrevalorada en una situación excepcional como la generada por el COVID-19, en la que un amplio porcentaje de contratos se verán afectados, muchos de ellos contratos comerciales valiosos cuya preservación evitaría conflictos, reduciría costes de transacción adicionales para el sistema, aliviaría los ya sobrecargados sistemas judiciales y de resolución de disputas, y contendría el daño económico. En circunstancias como las generadas por la pandemia, el uso de sistemas de resolución de conflictos *on line* (ODR) podría proporcionar una herramienta útil, tanto para

debido a su mayor capacidad de aislamiento. Esta situación hace el cumplimiento de A sustancialmente más oneroso. Dependiendo de que todos los demás requisitos del artículo 6.2.3 se cumplan, A podría estar legitimado para suspender temporalmente -al menos en parte- el cumplimiento, en función del tiempo que necesite para dar cumplimiento a las nuevas reglas.

facilitar la renegociación del contrato, como para alcanzar una solución satisfactoria del conflicto.

45. LA REGULACIÓN DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD EN EL CONTRATO. Como sucede con la fuerza mayor, las partes pueden estar interesadas en estipular en el propio contrato una cláusula específica sobre excesiva onerosidad, incluyendo provisiones más detalladas, o apartándose de algunos requisitos u otros elementos de las disposiciones generales de los Principios, lo que prevalecería sobre tales reglas supletorias.

45.1. Con referencia específica a los casos de pandemia, como el COVID-19, una cláusula de excesiva onerosidad puede, por ejemplo, tener en cuenta las diferentes maneras en que puede sobrevenir una alteración fundamental del equilibrio del contrato como consecuencia de la pandemia como tal y/o de las medidas de contención adoptadas por las autoridades públicas. Las partes podrían limitar el derecho a invocar la excesiva onerosidad, haciéndolo depender de la extensión territorial (p. ej., local o nacional) y/o de la duración (p. ej., un mínimo de X días) de la pandemia y/o de las medidas de contención adoptadas por las autoridades públicas. Las partes pueden, por otro lado, preferir un criterio diferente o más específico que la "alteración fundamental del equilibrio" prevista en los Principios para determinar una situación de excesiva onerosidad. Podría estipularse un periodo de gracia antes de que la situación de excesiva onerosidad pudiera ser invocada. Finalmente, en relación con los contratos a largo plazo que requieren un considerable nivel de inversión por ambas partes, estas pueden estar especialmente interesadas en permitir la renegociación incluso aunque no se cumplan todos los requisitos del artículo 6.2.1 -y particularmente el relativo a la previsibilidad-, con objeto de redistribuir el riesgo de un futuro acontecimiento adverso similar a la presente pandemia.

45.2. **EN LO QUE SE REFIERE A LAS CONSECUENCIAS DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD.** Las partes pueden inspirarse en las medidas previstas en el artículo 6.2.3 de los Principios de UNIDROIT, adaptándolas conforme a sus necesidades. En lo que se refiere al derecho de requerir la renegociación, por ejemplo, las partes pueden estar interesadas en introducir elementos adicionales relativos a la organización de la renegociación (por ejemplo, el lugar, la duración, los objetivos, etc.), y/o precisar los efectos sobre el cumplimiento de las obligaciones debidas (continuación, o suspensión temporal).

45.3. **LAS PARTES PUEDEN TAMBIÉN ESTAR INTERESADAS EN REGULAR EXPRESAMENTE LA SITUACIÓN EN CASO DE QUE LA RENEGOCIACIÓN FRACASE.** Las soluciones más frecuentes en la práctica de los contratos internacionales consisten en prever que, en caso de que la renegociación fracase, una parte (o ambas) tendrá la posibilidad de dar por resuelto el contrato, o, por el contrario, que la ejecución del contrato se reanudará en sus términos originales. Se trata de soluciones radicales, cuyo principal propósito es dar un fuerte incentivo a las partes para tratar de renegociar del modo más constructivo posible. Particularmente, en el caso de los contratos de larga duración las partes pueden, no obstante, optar por otras soluciones, como, por ejemplo, que las cuestiones conflictivas se discutan en el marco de un sistema de mediación, con objeto de facilitar el consenso, o que se remitan a una instancia neutral de resolución de conflictos o a otro órgano decisorio. En este sentido, como se advirtió anteriormente (apartado 44), considerando las especiales circunstancias generadas por la pandemia, las partes pueden estar interesadas en recurrir a instancias de resolución de disputas *on line*. Las partes pueden tener igualmente interés en acordar

varios métodos de resolución de disputas, para ser usados de forma sucesiva, con objeto de evitar y resolver los posibles conflictos.

46. **ACUERDO SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS A FALTA DE CLÁUSULA ESPECÍFICA.** Si el contrato no contiene una cláusula sobre excesiva onerosidad, nada impide a las partes acordar ahora sobre ciertas previsiones que se aplicarían en el caso de que el cumplimiento de las obligaciones se viera, de hecho, afectado, bien por la propia pandemia, o bien por las consecuencias de las medidas de contención. También aquí las disposiciones supletorias de los Principios de UNIDROIT pueden servir como modelo, y las partes pueden considerar también la posibilidad de especificarlas más, o de excluirlas parcialmente, siguiendo algunas de las sugerencias anteriormente mencionadas.

47. Como se vio a propósito de la fuerza mayor, las sugerencias anteriormente expuestas podrían igualmente servir de modelo para la redacción de cláusulas de excesiva onerosidad en los nuevos contratos, con disposiciones inspiradas en la experiencia del COVID-19, pero destinadas a ser aplicadas en casos similares que pudieran darse en el futuro.

48. **LAS CLÁUSULAS DE EXCESIVA ONEROSIDAD Y LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO.** Como sucede con las cláusulas de fuerza mayor, las cláusulas de excesiva onerosidad enumeran con frecuencia los acontecimientos calificados como causas de excesiva onerosidad. Tales listas pueden plantear problemas de interpretación similares a los que se mencionaron a propósito de la fuerza mayor (ver *supra* apartado 32). También aquí, las epidemias que afectan a la humanidad raramente se han mencionado en el pasado; las mismas podrían, no obstante, reunir los requisitos de una definición general, si la cláusula contiene una, siempre que la lista de acontecimientos no se interprete como exhaustiva. Cualquier problema derivado de la interpretación de la cláusula y de su relación con las disposiciones generales de los Principios se resolverá por aplicación de las reglas sobre la interpretación del contrato contenidas en los Principios (cfr. Capítulo 4 de los Principios de UNIDROIT).

49. **ORIENTACIONES PARA LA ELABORACIÓN DE UNA REGULACIÓN NACIONAL AD HOC.** Finalmente, las sugerencias anteriormente formuladas para la redacción de contratos pueden igualmente, *mutatis mutandis*, inspirar a los legisladores nacionales interesados en promulgar leyes especiales adaptadas para reaccionar frente a la emergencia del COVID-19 o sus consecuencias, precisando adicionalmente las condiciones y exigencias igualmente en lo que se refiere a las necesidades particulares de los contratos de larga duración. En particular, los legisladores nacionales pueden estar interesados en precisar adicionalmente las condiciones y exigencias y adoptar reglas específicas, por ejemplo, respecto al desarrollo y los objetivos de la renegociación, con particular atención a aquella situación en que las partes no pudieran ponerse de acuerdo.

- IV -

RELACIÓN ENTRE FUERZA MAYOR Y EXCESIVA ONEROSIDAD

50. **SITUACIONES FÁCTICAS ENCUADRABLES TANTO EN LA FUERZA MAYOR COMO EN LA EXCESIVA ONEROSIDAD.** A la vista de las definiciones de excesiva onerosidad, en el artículo 6.2.2, y de la fuerza mayor, en el artículo 7.1.7, conforme a los Principios pueden darse situaciones fácticas que al mismo tiempo puedan ser consideradas como casos de excesiva

onerosidad y de fuerza mayor. Ello puede suceder porque la definición de fuerza mayor no hace referencia a una noción literal de “imposibilidad” de cumplimiento, sino que se basa sobre un “impedimento” sobrevenido que escapa al control de la parte y que cumple los requisitos del artículo 7.1.7 (1). Tal impedimento, dependiendo de las circunstancias, puede satisfacer también los requisitos del artículo 6.2.2. Por ejemplo, cuando una prohibición de exportación impuesta como consecuencia del COVID-19 por la pública autoridad en un país efectivamente impide al acceso de una de las partes a la materia prima necesaria, que se produce de forma casi exclusiva en ese país, si todos los requisitos correspondientes se cumplen el impedimento podría ser calificado como un supuesto de fuerza mayor o de excesiva onerosidad. El hecho de que la materia prima pudiera ser adquirida de otra fuente, pero probablemente con gran dificultad y a un precio superior, podría ser considerado como un “impedimento” para el cumplimiento, pero al mismo tiempo una compra alternativa tan costosa podría alterar fundamentalmente el equilibrio del contrato.

51. **FLEXIBILIDAD EN LA ELECCIÓN DEL REMEDIO.** Si es este el caso, corresponde a la parte afectada por los acontecimientos decidir la vía que ha de seguirse. Si la parte afectada invoca la fuerza mayor, lo hará con objeto de obtener la exoneración temporal de responsabilidad en caso de incumplimiento y la suspensión de sus obligaciones, con posibilidad para la otra parte de poner fin al contrato si el retraso equivale a un incumplimiento esencial. Si, por el contrario, una parte invoca la excesiva onerosidad, lo hará en primer lugar con objeto de renegociar los términos del contrato, de manera que se pueda mantener el mismo vigente, aunque con condiciones revisadas (cfr. Comentario 6 del artículo 6.2.2), pero la suspensión del cumplimiento en sí no estará permitida.

- V -

CONCLUSIÓN

52. La aparición de la epidemia global del COVID-19 ha puesto en peligro a las poblaciones, ha generado estrictas medidas para evitar el contagio, y ha afectado severamente a las economías de todo el mundo. El cumplimiento de los contratos comerciales se ha visto con frecuencia impedido o drásticamente alterado. Los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales proporcionan una útil herramienta para afrontar las convulsiones causadas en las relaciones contractuales, ofreciendo soluciones tanto a las partes (respecto a contratos vigentes o futuros) como a las instancias decisorias (judiciales o en el contexto de la resolución alternativa de conflictos) y a los legisladores (a la hora de adaptar o modernizar su Derecho de contratos). Los Principios tratan las consecuencias de la pandemia y de sus medidas mediante la regulación de la fuerza mayor y de la excesiva onerosidad. Está claro que, si se dan todas las circunstancias, las situaciones relacionadas con el COVID-19 pueden constituir un caso de fuerza mayor o, al menos, de excesiva onerosidad. También está claro, dada la complejidad de la situación (p. ej., disparidad en cuanto a las fases de la pandemia, variación en los tipos de medidas y en sus efectos), que no es posible hacer afirmaciones válidas de carácter general, y que, también conforme a los Principios, la existencia -o no- de fuerza mayor o de excesiva onerosidad dependerá de los hechos relevantes en cada caso específico. La naturaleza abierta de los Principios proporciona a las partes y a los intérpretes una flexibilidad muy necesaria en un contexto tan extremo. Los Principios constituyen una eficaz herramienta para ofrecer una respuesta matizada, que puede ayudar a preservar contratos valiosos para las partes. Especialmente, en los contratos de

media y larga duración, y a la vista de la naturaleza -aparentemente- temporal del impedimento, los mecanismos que permiten una adecuada renegociación y una distribución proporcional de las pérdidas podrían, en último término, ayudar a preservar el contrato y a maximizar el valor para el país afectado.

53. Se puede decir que el mundo de los contratos no ha experimentado jamás una perturbación tan imprevisible, global e intensa. Las situaciones extraordinarias exigen soluciones extraordinarias, y hay una necesidad global de garantizar que el valor económico incorporado en los intercambios comerciales no se vea destruido. Los Principios ofrecen herramientas actualizadas y basadas en las buenas prácticas para afrontar el problema; un conjunto de reglas que son el resultado de años de estudio y análisis, con la participación -y el consenso- de los académicos y prácticos más eminentes en la materia, procedentes de la tradición del Derecho Civil y del *Common Law*. Estas herramientas pueden ofrecer soluciones a todas las partes afectadas por la pandemia y sus consecuencias. Esperamos que el lector las encontrará -al igual que este documento- útiles.