



COVID-19 Y FRUSTRACIÓN DE CONTRATOS INTERNACIONALES

RECOMENDACIONES DEL IHLADI

Constatando que la pandemia provocada por la COVID-19 ha dado lugar a diversas circunstancias, de hecho y de derecho, que han provocado la frustración, imposibilidad o dificultad de cumplimiento de contratos internacionales de larga duración o ejecución diferida, tales como limitaciones legales al tránsito y transporte de mercancías, personas y servicios; incautaciones o embargos; imposibilidad de acceso a materias primas y componentes; prohibición de actividades económicas (construcciones, transporte, hostelería, fabricación de productos, etc.); enfermedad o cuarentena de trabajadores, profesionales y funcionarios.

Teniendo en cuenta que tales circunstancias sobrevenidas, imprevisibles en el momento de contratar, ajenas a la voluntad de las partes, externas e insuperables, pueden justificar diversas figuras jurídicas, como la fuerza mayor, el caso fortuito o la imposibilidad material; la imposibilidad económica o impracticabilidad; la frustración de la causa o de las bases jurídicas del contrato; la imprevisión, el *hardship* o la excesiva onerosidad. Y que cada una de estas instituciones repercute de forma distinta en el incumplimiento del contrato, su resolución, renegociación o adaptación y la eventual indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

Considerando que aunque la mayoría de sistemas jurídicos del ámbito hispano-luso-americano reconocen los casos de fuerza mayor o imposibilidad material como supuestos de exoneración de la responsabilidad contractual, las condiciones exigidas a este respecto varían, así como los efectos de la resolución del contrato sobre las prestaciones ya realizadas.

Considerando asimismo que hay una marcada diversidad comparada a la hora de reconocer otras instituciones, como la imposibilidad económica, la frustración de la causa del contrato y la excesiva onerosidad o la teoría de la imprevisión. Por herencia francesa, en Haití y en la República Dominicana solo se reconoce la exoneración de responsabilidad por causa de fuerza mayor o imposibilidad material. Por otra parte, pocos sistemas cuentan con una regulación específica de la frustración de la causa o de las bases negociales del contrato (artículo 1090 del Código Civil y Comercial de Argentina). En muchos países tanto la doctrina como la jurisprudencia no ofrecen una solución clara a los supuestos de excesiva onerosidad (*hardship*) y al alcance de la teoría de la imprevisión (Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Uruguay, Venezuela). En aquellos sistemas en que tales instituciones han sido acogidas legal o

jurisprudencialmente, las soluciones son muy variables: algunos ordenamientos jurídicos solo contemplan la resolución del contrato (art. 80 del Código civil cubano; art. 1267 del Código Civil filipino) o su revisión (artículo 1330 del Código Civil guatemalteco); en algunos la parte afectada puede solicitar indistintamente la resolución o adaptación del contrato (artículo 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación argentino; art. 1796 Bis del Código Civil para el Distrito Federal de México; jurisprudencias española y portorriqueña); en otros, la parte afectada puede pedir la resolución o la adaptación del contrato, pero en el caso de que se pida la primera la otra parte puede asimismo ofrecer una adaptación del contrato (artículos 581 y 582 del Código Civil boliviano; arts. 478-479 del Código Civil brasileño; art. 437 del Código Civil portugués). Según otra variante, la parte afectada solo puede pedir la resolución, y corresponde a la otra parte ofrecer la adaptación del contrato (arts. 755 y 757 del Código de Comercio hondureño; art. 1161-A del Código Civil panameño; art. 672 del Código civil paraguayo). En otros sistemas el afectado pide la revisión del contrato, y el juez puede conceder la adaptación o la resolución (art. 868 Código de Comercio de Colombia; art. 1440 del Código Civil peruano)

Abundando en que la incertidumbre señalada se produce igualmente en la interpretación de algunos convenios internacionales de relevancia, como la Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías. Así, las doctrinas y las jurisprudencias nacionales no permiten establecer con claridad el alcance del artículo 79 de dicho texto legal, en particular si, además de la fuerza mayor, abarca asimismo los supuestos de excesiva onerosidad o *hardship*.

Señalando que otros cuerpos normativos de *soft law*, como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales o los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales sí recogen soluciones satisfactorias y completas de estas instituciones, si bien su aplicación es más restringida en el ámbito jurisdiccional que en el ámbito arbitral.

Advirtiendo que la paralización o congestión de los procedimientos judiciales ha sido asimismo un efecto negativo de la pandemia, por lo que una solución jurisdiccional plantea serios inconvenientes para la frustración de los contratos internacionales motivados por la COVID-19, que aconseja fórmulas de resolución de disputas más ágiles y eficaces,

El IHLADI ha adoptado las siguientes RECOMENDACIONES:

1º. Generales

1ª. Al objeto de reforzar la armonización progresiva del Derecho de los contratos internacionales, se recomienda a los Estados, jueces y árbitros que tengan en cuenta las pautas, soluciones e interpretaciones contenidas en la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas del Comité Jurídico Interamericano de la OEA, que tiene como propósito "impulsar aspectos importantes del derecho aplicable a dichos contratos ... a fin de promover la armonización regional en la materia y, en consecuencia, estimular la integración económica, el crecimiento y el desarrollo" (para. 8), en especial las 18 recomendaciones de la Guía relativas al propio régimen jurídico interno de los Estados sobre la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales.

2º. Se recomienda fomentar la autonomía de las partes en la elección del Derecho aplicable al contrato, en especial permitiendo el recurso a cuerpos legales no nacionales o de soft law, tales como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales o los Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos.

2º. A las Organizaciones internacionales

3º. Se recomienda la acción común de las organizaciones internacionales implicadas en el desarrollo y armonización del Derecho de los contratos internacionales para optimizar la compatibilidad entre textos convencionales y de soft law, siguiendo en la línea de los trabajos llevados a cabo en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional destinados a la elaboración de una Guía Legal relativa a instrumentos jurídicos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales (Legal Guide to Uniform Legal Instruments in the Area of International Commercial Contracts -with a focus on sales-, as contained in document A/CN.9/1029).

3º. A las empresas y operadores económicos

4º. En los contratos internacionales de larga duración o de ejecución diferida, los operadores y empresas deben ponderar la necesidad de incluir en el contrato cláusulas expresas de fuerza mayor, frustración del contrato, excesiva onerosidad y hardship. Tales cláusulas deben completarse con cláusulas de mediación, conciliación o arbitraje específicas para los casos de cambio de circunstancias. Se recomienda, en este sentido, considerar las cláusulas-tipo propuestas en los Comentarios al artículo 6.3.1. de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales (<http://www.ohadac.com/textes/2/104/seccion-3-hardship.html>)

5º. Como alternativa u opción subsidiaria a la formulación de cláusulas específicas, los operadores y empresas deben ponderar la necesidad de incorporar parcialmente por referencia, en caso de circunstancias sobrevenidas, las reglas contenidas en los artículos 6.3.1, 6.3.2 y 7.1.8 y de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales (2015); en los artículos 84, 85, 89 y 90 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos; o en los artículos 6.2.1 a 6.2.3 y 7.1.7 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2016). Tales cláusulas deben completarse con cláusulas de mediación, conciliación o arbitraje específicas para los casos de cambio de circunstancias.

4º. A los Estados

6º. Se recomienda a los Estados representados en el IHLADI, que carezcan de una reglamentación específica, la revisión parcial de las normas generales sobre contratos incluidas en sus cuerpos normativos en materia civil y mercantil, estableciendo una regulación específica de los efectos de las circunstancias sobrevenidas que produzcan imposibilidad o excesiva onerosidad en el cumplimiento o frustración de la causa o bases negociales del contrato.

7º. Se recomienda a los Estados representados en el IHLADI que adopten las medidas necesarias para facilitar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados en procedimientos abreviados y acuerdos de mediación suscritos tanto en el territorio del Estado como en otros Estados, a través de disposiciones internas y del fomento de instrumentos al efecto de cooperación internacional.

5º. A las instituciones arbitrales

8ª. Se recomienda el establecimiento de reglas de arbitraje específicas para procedimientos de arbitraje abreviados que den respuesta a la necesidad de una solución ágil, eficiente y ponderada de resolución o adaptación de contratos y otras relaciones jurídicas afectadas por la COVID-19 y acontecimientos sobrevenidos de alcance similar.

9ª. Se recomienda asimismo el fomento de los mecanismos institucionales de mediación para la solución de disputas en caso de circunstancias sobrevenidas, y en particular el fomento de la formación y especialización de árbitros y otros juristas y técnicos en el ámbito de la mediación y de la conciliación.