

## EL HARDSHIP EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES\*

Por Ana María Castro y Ana Cecilia Zapata\*\*

**Sumario:** 1. El contrato internacional. 2. La adaptación del contrato como fuente de la cláusula de hardship. 3. Clasificación de las cláusulas de adaptación del contrato. 3.1. Cláusulas que mantienen el valor económico original de las obligaciones de las partes. 3.2. Cláusulas que prevén un mecanismo de adaptación frente a circunstancias imprevisibles. 4. Definición y naturaleza jurídica de la cláusula de hardship. 5. La equidad y la buena fe como principios orientadores del hardship. 5.1. El principio de equidad. 5.2. El principio de buena fe. 6. La cláusula de hardship en el derecho del comercio internacional. 6.1. ¿Hace el artículo 79 de la Convención de Viena alusión al hardship?. 6.2. Principios Unidroit. 6.3. Anteproyecto del Código Europeo de Contratos. 6.4. Principios de Derecho Europeo de Contratos. 7. La aplicación de la cláusula de hardship. 7.1. La aplicación del hardship en los principios UNIDROIT. 7.2. ¿Qué gravedad deben tener los eventos para que puedan configurar una situación de hardship?. 8. Clasificación de las cláusulas de hardship. 8.1. Cláusula general. 8.2. Eventos específicos: cláusula con lista cerrada. 8.3. Eventos específicos: cláusula con lista abierta. 9. Consecuencias legales y efectos de la cláusula de hardship. 10. Críticas a la cláusulas de hardship. 11. Conclusiones. 12. Anexo. ICC Hardship Clause 2003

### Introducción.

Las necesidades del comercio internacional requieren que los contratos llamados a gobernar las relaciones jurídicas y económicas incluyan todos los mecanismos adecuados para garantizar a largo plazo, cuando sea el caso, el mantenimiento y estabilidad de los vínculos contractuales, sin que éstos se vean afectados por cualquier dificultad o contingencia sobrevenida. Uno de estos mecanismos es naturalmente el de las estipulaciones contractuales, en particular, las denominadas cláusulas de hardship, que han surgido como desarrollo de instituciones jurídicas similares y de los usos y costumbres establecidos en las relaciones de intercambio internacional.

Los contratos internacionales de tracto sucesivo, en atención a su complejidad y prolongación en el tiempo, son frecuentemente objeto de desequilibrios económicos que colocan a una de las partes en una situación gravosa y perjudicial. El hardship se

---

\* Trabajo desarrollado dentro de la línea de investigación en Derecho Comercial Internacional y Comparado - Departamento de Derecho Comercial - Universidad Externado de Colombia, bajo la tutoría de los Drs. Luis Ramón Garcés Díaz y Javier Andrés Franco Zárate. Este artículo fue presentado a la Revista el 25 de octubre de 2005 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 12 de diciembre de 2005, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

\*\* Egresadas de la facultad de derecho de la Universidad Externado de Colombia.

predica, entonces, de aquellos eventos en los que una de las partes del contrato se ve afectada por circunstancias ajenas e imprevistas que hacen más onerosa la ejecución de las obligaciones a su cargo, de tal forma que su cumplimiento le generaría un perjuicio. Es aquí donde entra a operar la denominada cláusula de hardship, con el fin de adaptar el contrato a las nuevas circunstancias que originaron la desproporción en las prestaciones de las partes<sup>1</sup>.

Ciertamente, no se trata de una situación fácil de determinar ni de resolver. Por tanto, las discusiones que surgen en el proceso de adaptación del contrato suelen ser dirimidas por tribunales de arbitramento, como una alternativa para solucionar las controversias de una manera rápida, dinámica, imparcial y eficaz. Esta investigación, por ende, incluirá el examen de algunos de los laudos expedidos por Tribunales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y el Centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones del Banco Mundial (CIADI), entre otros.

## 1. El Contrato Internacional.

Sobre este punto han surgido distintas posiciones que van desde negar la existencia de un contrato internacional propiamente dicho, hasta considerar que puede celebrarse, incluso, sin estar sujeto a un determinado ordenamiento jurídico (contratos sin ley o deslocalizados).

Para autores como Sierralta y Baptista<sup>2</sup>, los contratos internacionales son aquellos concluidos entre personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, de distintos países, que tienen por objeto el intercambio de bienes y valores. La doctrina ha usado distintos criterios para definir la internacionalidad del contrato, entre los que podemos destacar los siguientes:

- La nacionalidad de las partes.
- La localización del establecimiento de las partes.
- El objeto del contrato.
- El destino u origen de la mercancía.
- La divisa empleada en el contrato.

En efecto, como acertadamente lo anotan tales autores, "(...) el mejor criterio para afirmar que un contrato es internacional, es el que se apoya en su objeto. En efecto si hay un traslado o un tránsito de valores y mercaderías o servicios a través de las fronteras el contrato es, por vía de regla, internacional."<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> La adaptación del contrato no sólo incluye la cláusula de hardship, sino también las de revisión de precios, revisión de tasas de cambio y la de fuerza mayor, siempre y cuando ésta última se entienda en su noción actual es decir, los eventos que tienen la potencialidad de volver la prestación contractual tan onerosa, que la expectativa de cumplimiento se vuelve irreal. DRAETTA. Ugo, LAKE. Ralph y NANDA, Ved; Breach and Adaptation of International Contracts, An introduction to Lex Mercatoria; Butterworth Legal Publishers, 1992, pag. 177

<sup>2</sup> SIERRALTA RIOS. Anibal, y BAPTISTA, Luis Olavo; Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional; Tercera edición, Editorial Temis, pag. 42.

<sup>3</sup> Ibidem.

Los Principios de UNIDROIT<sup>4</sup> hacen una enunciación de los requisitos necesarios para que un contrato sea reconocido como internacional. Estos son:

La internacionalidad del contrato: el requisito hace referencia a que el establecimiento o la residencia de las partes se encuentren en países diferentes. Y adicionalmente que el contrato vincule a más de un país. La internacionalidad se debe entender de una manera amplia para concluir que quedan excluidas las relaciones que no tengan ese elemento de internacionalidad (esto se da, cuando todos los elementos del contrato estén ubicados en una sola nación).

La mercantilidad del contrato: Se hace referencia a las operaciones comerciales para el abastecimiento o intercambio de mercaderías o servicios y a las operaciones económicas como las de inversión, otorgamiento de concesiones y muchas más.

Por su parte Draetta, Lake y Nanda<sup>5</sup> hacen una distinción entre contratos nacionales e internacionales, estableciendo que éstos envuelven:

- Factores de cultura, lengua y distancia que le imprimen al contrato internacional un alto grado de complejidad.
- Las grandes cantidades de dinero y su permanencia en el tiempo.
- La relación contractual de carácter internacional es vista de una manera distinta por jueces y legisladores dependiendo del sistema legal al que, según sea el caso, se hayan adherido las partes (lo que en inglés se conoce con el nombre de “governing Law”).

Si bien es cierto la doctrina no ha sido unánime en cuanto al tratamiento del tema del contrato internacional, casi que resulta inevitable afirmar su existencia. De hecho, esta figura resulta de vital importancia en un mundo moderno, donde la globalización y los acuerdos de libre comercio tienen un papel protagónico en la economía de las naciones.

En este orden de ideas, la integración económica vuelve a la contratación internacional un elemento no sólo importante sino esencial e inherente a todos los ordenamientos, pues él, ciertamente, permite que el comercio a nivel internacional se realice de manera práctica y, sobre todo, segura.

## **2. La adaptación del contrato como fuente de la cláusula de hardship.**

Es de verse que cuando se van a modificar las prestaciones de una de las partes en un contrato se acude al fenómeno de la adaptación. La cláusula de hardship tiene origen en esta teoría.

---

<sup>4</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, Dirección General de Asuntos Internacionales. “Unidroit. Principios sobre los contratos comerciales internacionales.” Publicado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, en desarrollo del Plan de Armonización del Derecho Internacional Privado -PADIP- Santa fe de Bogotá, Agosto de 1997.

<sup>5</sup> DRAETTA. Ugo, LAKE. Ralph y NANDA, Ved; ob. cit.

La adaptación del contrato se usa en los que pueden denominarse internacionales, en tanto que las condiciones y circunstancias en que inicialmente contrataron las partes corren el riesgo de ser afectadas por aspectos jurídicos, políticos y económicos, entre otros, que dependen de las diversas coyunturas de determinadas regiones o del mundo en general. Por ejemplo, cambios en la economía de un país donde se ejecuta un contrato o donde las partes tienen su domicilio o establecimiento, pueden determinar la necesidad de adaptarlo para corregir esa posible alteración. Así mismo, la adaptación se aplica a los contratos de tracto sucesivo y que se prolongan en el tiempo, ya que los riesgos e incertidumbres pueden aumentarse - o materializarse - y, por lo mismo, generar inconvenientes y desequilibrios a lo largo de la ejecución del contrato.

Lo que se busca con un contrato de tracto sucesivo es que las partes desde un principio puedan prever todas las circunstancias que afecten al acuerdo como tal o a su cumplimiento. Se pretende entonces que exista una adaptación que restablezca el balance entre las partes en el evento en que se vea afectado. En este caso, solo ocurriría una suspensión o modificación del contrato. Por otra parte, sino se adapta el contrato daría lugar a su terminación. Es decir, se diseña un mecanismo en aras de mantener la relación contractual estable y equilibrada, independientemente del cambio o la alteración de las circunstancias a lo largo de su ejecución. Es por esto que al estudiar este tema se hará referencia a los contratos conmutativos, caracterizados por su onerosidad o utilidad para las partes. En este tipo de contratos la utilidad puede ser apreciada desde el momento de la celebración del contrato y las prestaciones se miran como equivalentes, lo que indica que, en principio, en la relación contractual hay un equilibrio económico<sup>6</sup>.

Con la aplicación de la figura de la adaptación se mantiene y restaura el principio del equilibrio económico, buscando que la correlación entre las prestaciones de las partes se conserve a lo largo de todo el contrato. Se aspira a que haya una reciprocidad de derechos y obligaciones, bajo un marco de igualdad. La adaptación del contrato surge ante el cambio intempestivo de las circunstancias que existían al momento de contratar, generando un desequilibrio en las posiciones económicas de las partes, y éste se remedia a través de distintas herramientas, verbigracia, las estipulaciones de las partes mediante cláusulas de adaptación o una disposición legal.

### **3. Clasificación de las cláusulas de adaptación del contrato.**

Existen diversos tipos de cláusulas<sup>7</sup> que buscan adaptar el contrato frente a determinadas circunstancias, las cuales pueden dividirse así: las que mantienen el valor económico original de las obligaciones de las partes (revisión de precios y de tasas de cambio) y las que prevén un mecanismo de adaptación para circunstancias imprevisibles (hardship).

#### **3.1. Cláusulas que mantienen el valor económico original de las obligaciones de las partes.**

---

<sup>6</sup> OSPINA Fernández, Guillermo, Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, Editorial Temis, 1980, pag. 65.

<sup>7</sup> Esta tipificación fue tomada de Ugo Draetta, Ralph B. Lake, Ved P. Nanda, Breach and Adaptation of International Contracts. An Introduction to Lex Mercatoria, 1992, p. 172..

Cláusulas de revisión de precios: se basan principalmente en el incremento de costos. Buscan una revisión de los precios basados en los cambios de algunos factores anteriormente establecidos por las partes.

Sobre el particular puede resaltarse un laudo arbitral en el marco de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)<sup>8</sup>, donde se discutía la existencia de un precio provisional en un contrato de compraventa del mineral Manganeso. El Tribunal concluyó que por la intención de las partes, la documentación que intercambiaron varias veces y el contrato en sí, se demostraba el hecho de que el precio pactado desde un principio fue considerado por las partes como provisional y sujeto a una revisión posterior. Es común que los profesionales de la minería (mineros y transformadores) den pautas para el establecimiento de los precios de estos bienes en las relaciones contractuales. Algunos de los parámetros usados son: los precios del transporte, la calidad del mineral, las cantidades compradas, los precios del mineral puro y, por último, los precios de los productos o bienes elaborados con éstos. En el caso concreto se consideró la inexistencia de un precio único, ya que los parámetros utilizados en esta industria influían de manera importante en la determinación del precio final. Además, el precio inicial fue fijado tomando como referencia los precios que durante años habían usado los Japoneses en la industria metalúrgica, los Australianos y Surafricanos en la industria minera en sus transacciones. Por estos motivos la Corte justificó la estipulación de un precio provisional, ya que el artículo 8 de la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG o Convención de Viena) ofrece como pautas de interpretación del contrato, los usos y prácticas habituales entre las partes y, en este caso, se acudió a las costumbres de la industria minera. Adicionalmente, los árbitros aplicaron el artículo 9 de la CISG, que determina la manera como las partes pueden tomar como referencia los usos conocidos y observados en otros contratos de la misma clase e industria.

Cláusulas de revisión de las tasas de cambio: el precio de un contrato cambia dependiendo de la tasa de cambio de la moneda en la cual se encuentra pactado. Estas cláusulas buscan contrarrestar los efectos de los fenómenos internos de los países como la devaluación o la inflación. Se busca una protección de las partes frente a las posibles fluctuaciones de la moneda establecida en el convenio. En este caso el precio en el contrato se estipula en otra moneda o en el valor del oro. Estas cláusulas no siempre están permitidas, dependiendo el asunto de lo que esté previsto en el derecho interno.

Conviene destacar el pronunciamiento de un Tribunal de la Cámara de Comercio Internacional en el laudo expedido el 26 de agosto de 1989. En esta ocasión un comprador establecido en Egipto se enfrentaba ante un vendedor de Yugoslavia por un contrato en donde se estipuló comprar 80000 barras de hierro con la opción de comprar otras 80 000 barras al mismo precio. Después de haber comprado las primeras 80000 barras de hierro, el comprador en Egipto quiso ejercer la opción de adquirir las siguientes 80000 barras al mismo precio. El vendedor se negó a cumplir con la opción alegando que el precio del material había incrementado notoriamente y que, por tanto, se encontraba protegido por el Artículo 79 de la Convención de Viena. Los árbitros sostuvieron que para aplicar el Artículo 79 de la Convención de Viena debía existir un alto grado de imprevisión,

---

<sup>8</sup> ARNALDEZ, Jean-Jacques. « Collection of ICC arbitral awards, 1996 - 2000 : recueil des sentences arbitrales de la CCI » París, ICC Publishing. 2003. Pagina 435. ICC, Arbitration case N° 8324, 1995.

pues este artículo establece la posibilidad de exonerarse de la obligación en los eventos en donde una persona racional, ubicada en la misma situación, no hubiese podido prever la situación que hace difícil el cumplimiento de la obligación. En igual sentido se estableció que si el pago de las obligaciones se estipulaba en una moneda determinada, las partes debían soportar el riesgo de la fluctuación ya que esto era algo previsible, a no ser que hubiesen estipulado alguna forma de solucionar tal problema<sup>9</sup>.

### **3.2. Cláusulas que prevén un mecanismo de adaptación frente a circunstancias imprevisibles.**

Estas cláusulas surgen debido al cambio imprevisto de las circunstancias en las que inicialmente contrataron las partes. Es así como se altera el equilibrio económico del contrato incrementando la onerosidad de las prestaciones en cabeza de una de las partes. En consecuencia, podemos encontrar dos clases de cláusulas que prevén un mecanismo de adaptación frente a circunstancias imprevisibles. Las primeras son las llamadas cláusulas de hardship, que tienen como fin primordial corregir el contrato y si esto no es posible terminarlo. Por otra parte están las Cláusulas de fuerza mayor, encaminadas a la suspensión (en caso de imposibilidad temporal) o terminación (en los eventos de absoluta y permanente imposibilidad)<sup>10</sup>.

En conclusión, las cláusulas de hardship pertenecen a la figura de la adaptación, mediante la cual las condiciones de un contrato pueden ser modificadas después de su perfeccionamiento, debido a un cambio de circunstancias tan grave que el contratante, queriendo cumplir, no lo hace por la dificultad que implica la ejecución de esta obligación, ya que es sumamente onerosa o su utilidad se ve reducida en una gran proporción. Adicionalmente, en principio los contratantes no quieren dar por terminado el contrato, porque buscan mantenerlo y restaurar el equilibrio en lo que queda de la ejecución del acuerdo.

### **4. Definición y naturaleza jurídica de la cláusula de hardship.**

El concepto de hardship hace énfasis en la dificultad que puede surgir en cabeza de una de las partes de cumplir con las obligaciones contratadas<sup>11</sup>. La cláusula de hardship no busca acabar con el contrato exonerando al deudor, sino que busca que las partes se pongan de acuerdo en la renegociación de las condiciones contractuales, para así evitar un eventual incumplimiento del negocio jurídico.

Las circunstancias que llevan a la configuración del hardship surgen con posterioridad a la celebración del contrato y son imprevisibles. Esto hace que el hardship haga referencia a una imposibilidad relativa o subjetiva en el cumplimiento del contrato por parte del deudor.

La cláusula de hardship implica que la negociación de las condiciones contractuales no se limita únicamente a cuando empieza la ejecución del contrato sino que siempre existirá la

---

<sup>9</sup> ICC, Arbitration case N° 6281, August 26 (1989). <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/896281i1.html>

<sup>10</sup> KONARSKI, Hubert. Force Majeure and Hardship Clauses in international contractual practice. En: International Business Law Journal. N°4, 2003; p.407.

<sup>11</sup> Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Especialización en Régimen contractual internacional. Eduardo Álvarez-Correa Duperly. Bogotá 1996.

posibilidad de una renegociación cuando la ocurrencia de ciertas circunstancias haga que el equilibrio económico del contrato desaparezca. Es decir, ya no solo se trata de estudiar las condiciones del contrato en la etapa de su formación, sino también en el periodo de su ejecución.

Lo que se busca entonces es controlar esa alteración repentina en la economía del contrato y, por eso, corresponde, muy de cerca, al concepto legal de “Imprevisión”.

Los principios de los contratos comerciales internacionales (UNIDROIT) determinaron que para el uso de las cláusulas de hardship el cambio de la circunstancias tiene que ser tan grave y fundamental, que el que contrata no puede quedarse sujeto al contrato y sus términos, aunque tenga la posibilidad de cumplirlo<sup>12</sup>. Este no necesariamente es el caso en la práctica de la contratación internacional, ya que las partes son libres de determinar el nivel de gravedad relevante para las cláusulas. De todas maneras es difícil determinar, en términos generales, cuando el cumplimiento de un contrato se vuelve gravoso.

En un laudo arbitral sujeto a las reglas de la Cámara de Comercio Internacional y expedido en Febrero de 1999<sup>13</sup> se puede ver como el cambio en la legislación de un país no fue motivo para que se constituyera hardship, debido a que en el caso concreto no fue un evento extraordinario, ni imprevisible. Pero el fundamento más importante para que la Corte determinara que no era un evento de hardship fue el hecho de que el contrato no había sufrido alteración económica alguna y, además, que las partes estaban en toda la capacidad para el cumplimiento de sus obligaciones. Por eso es tan importante ver siempre que se esté frente a un desequilibrio económico en el contrato, que haga más difícil - en un grado importante - la ejecución para alguna de las partes.

En los modelos de cláusulas de hardship se encuentran estipulaciones donde las partes si podrían considerar el cambio de legislación como tal, pero en el caso estudiado no se pudo estimar así porque simplemente no destruyó el balance de las obligaciones entre las partes.

Frente a las cláusulas de hardship existen dos principios que cobran suma importancia y que resultan ser contradictorios; el *pacta sunt servanda*<sup>14</sup> por virtud del cual el contrato legalmente celebrado es ley para las partes y, por tanto, es imposible su alteración posterior y unilateral, y el principio de *rebus sic stantibus* en donde el contrato se mantiene siempre y cuando las circunstancias en que fue pactado no sean modificadas.

El contrato deberá ser cambiado frente a circunstancias imprevistas por las partes. La adaptación por un cambio de circunstancias es conocida en derecho interno como la teoría de la imprevisión, y en derecho del comercio internacional como hardship o como “Major economic dislocation”. Cabe aclarar que estos términos no son sinónimos, pues

---

<sup>12</sup> Sarah Howard Jenkins, Exemptions for Nonperformance: ICISG, UNIDROIT Principles – A Comparative Assessment, Tulane Law Review, vol 72, June 1998, n° 6, p. 2027. En: “KONARSKI, Hubert. Force Majeure and Hardship Clauses in international contractual practice”. International Business Law Journal. N°4, 2003; p.419.

<sup>13</sup> ICC, Arbitration Case No. 9479, Febrero (1999). [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

<sup>14</sup> Artículo 1602 del Código Civil Colombiano: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

representan conceptos jurídicos distintos. La diferencia radica en que unos términos hacen referencia a cambios en la ejecución del contrato y otros se refieren a la terminación del mismo<sup>15</sup>.

Los mecanismos de adaptación previstos en los ordenamientos internos varían dependiendo de la tradición y del sistema jurídico de un determinado país; primero, tenemos a un grupo de países que incluyen la adaptación de los contratos dentro de su ordenamiento jurídico como normas de orden público (es el caso del régimen mercantil colombiano consagrado en el Artículo 868 del Código de Comercio). Y, en segundo plano, tenemos otro grupo que ubica al contrato como una ley de obligatorio cumplimiento y aplican de una manera estricta el principio de la pacta sunt servanda.

Según Draetta, Lake y Nanda, las cláusulas de hardship se usan principalmente en contratos concluidos entre países industrializados y son vistas con menor frecuencia en contratos en que una de las partes se encuentre en países subdesarrollados, sin que, a nuestro juicio, ello constituya una regla. Así mismo son usadas en los contratos que involucran el comercio de petróleo y gas natural, entre otros. Recientemente la cláusula se ha extendido a otros sectores, inclusive ha llegado a usarse en el ámbito financiero con alguna frecuencia<sup>16</sup>.

En conclusión, el objetivo principal de este tipo de cláusulas es lograr que el contrato se mantenga a lo largo del tiempo sin importar los cambios imprevistos que puedan llegar a surgir durante su ejecución, dando la posibilidad a las partes de renegociar las condiciones del acuerdo. Es normal que en el mundo moderno las situaciones sean dinámicas y cambiantes, y que las partes, previendo esto, busquen un mecanismo mediante el cual no queden atadas a unas condiciones inflexibles y puedan así rediscutir el contrato en cualquier momento, desde luego, con sujeción a unos presupuestos básicos.

## **5. La equidad y la buena fe como principios orientadores del hardship.**

### **5.1. El principio de equidad.**

La equidad implica la idea de relación y armonía entre una cosa y aquello que le es propio y se adapta a su naturaleza íntima. En el ámbito del derecho la equidad es la moderación y liberalidad que llevan a un uso benevolente y humano. Se llega al uso de la equidad porque el derecho positivo es limitado e imperfecto, ya que no siempre prevé todo lo que se encuentra más allá de lo general y abstracto de sus normas.

Según la doctrina tradicional la equidad se aplica cuando la ley es tan imperfecta que su cumplimiento resulta superior a las fuerzas humanas; cuando la ley es tan imperfecta que observar su letra es obrar de modo intolerable; cuando es necesario interpretar restrictivamente la ley, para buscar la presunta voluntad benigna del legislador.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> DRAETTA. Ugo, LAKE. Ralph y NANDA, Ved; ob. cit., pag. 179.

<sup>16</sup> cfr. DRAETTA. Ugo, LAKE. Ralph y NANDA, Ved; ob. cit.

<sup>17</sup> MADRID Malo, Mario. Diccionario Básico de Términos Jurídicos. Legis. 1988.



Aplicando la equidad en los contratos se descarta de plano el enriquecimiento injusto que se produciría si alguna de las partes se aprovechara de las ventajas del negocio sin reconocer nada a cambio. Es por esto que en materia contractual se debe evitar el acrecentamiento de un patrimonio a expensas de otro cuando no hay una razón jurídica que lo justifique<sup>18</sup>.

Para ver como se aplica este principio en las relaciones contractuales podemos tomar como ejemplo un laudo arbitral de la CCI<sup>19</sup>, donde se estudia la validez de un acuerdo celebrado entre la sociedad demandante que explota un yacimiento de gas y las sociedades demandadas compradoras de gas. El acuerdo se había celebrado con la condición de que las autoridades administrativas de cada uno de los países de donde provienen las sociedades compradoras lo ratificaran. Durante el tiempo en que se tramitaban las ratificaciones surgió una discrepancia entre las partes, con respecto al precio del producto. Finalmente sólo una sociedad compradora decidió no aprobar el acuerdo, pero las demás sociedades consiguieron la ratificación de sus respectivas autoridades administrativas. Los árbitros decidieron anular el acuerdo entre la sociedad vendedora y la sociedad compradora que no ratificó el acuerdo. Por otra parte, se determinó la vigencia del acuerdo con respecto a las demás sociedades compradoras, ya que consideraba justo, razonable y admisible que se mantuviera vigente el acuerdo para éstas. El Tribunal contempló dos posibilidades para llegar a su decisión. Primero, determinó qué sucedería en el evento de declarar el acuerdo sin efectos para todas las partes o mantener el acuerdo con respecto a las sociedades compradoras que lo habían ratificado. En el primer evento, la demandante se hubiera quedado sin vender un porcentaje importante de gas y podrían llegar a afectarse hasta los contratos de transporte de gas, obligándola a renegociarlos o dejar el gas en el yacimiento y contratar para que el transporte se hiciera por gasoducto. En el segundo evento, cada una de las sociedades continuaría con sus obligaciones específicas, dentro de los términos del acuerdo y con fundamento en éste invocar la cláusula de hardship que está contemplada para resolver las diferencias existentes en cuanto al precio. El acuerdo establece una previsión en el sentido de que si las consecuencias de la ejecución del contrato resultan en un desequilibrio severo - hardship - para alguna de las partes, éstas deben ajustar el contrato de manera que se elimine la causa del desequilibrio. Es por esto que el Tribunal consideró que el acuerdo debía mantenerse para que las demás sociedades compradoras pudieran invocar la cláusula y solucionar la controversia. Cabe destacar la manera como el Tribunal estudió las circunstancias que se presentaron con posterioridad al contrato, y, por eso, consideró pertinente hacer esta interpretación para lograr un resultado justo y razonable con base en el principio de equidad. No hubiera sido equitativo que todas las sociedades se vieran afectadas por la no aprobación del acuerdo por parte de una de las sociedades. Sin embargo, ese era el temor planteado por las demás sociedades compradoras, ya que éstas buscaban que el acuerdo quedara sin efectos para todas. Estas sociedades llegaron a considerar la posibilidad de tener que responder por las obligaciones de la sociedad que no ratificó el acuerdo, con fundamento en la responsabilidad solidaria y, a su vez, pensaron que por la falta de aprobación por parte de una de las autoridades administrativas el acuerdo no podría llegar a tener validez.

---

<sup>18</sup> OSPINA Fernández, Guillermo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Editorial Temis. 1980. Página 541.

<sup>19</sup>ARNALDEZ, Jean-Jacques. « Collection of ICC arbitral awards, 1996 - 2000 : recueil des sentences arbitrales de la CCI » París, ICC Publishing. 2003. » ICC, Arbitration Case No. 5961 (1989). Pg. 465.

Finalmente el Tribunal ajustó su decisión para mantener la equidad y eficacia de las estipulaciones contractuales.

## 5.2. El principio de buena fe.

El principio de la buena fe tiene una estrecha relación con los conceptos de rectitud y lealtad. Significa el convencimiento - de carácter ético - que tienen las partes en un contrato de estar actuando correctamente en la celebración y ejecución de los actos jurídicos. La buena fe se manifiesta a lo largo de todo el iter contractus, es decir, se predica en los contactos preliminares, en la celebración del contrato, en la ejecución del mismo y, por último, en las relaciones postcontractuales con el propósito específico de mantener su equivalencia económica y evitar que puedan resultar afectados los intereses patrimoniales de las partes. Desde el punto de vista objetivo se puede decir que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado.

El artículo 7<sup>20</sup> de la Convención de Viena contempla el principio de buena fe y el artículo 77<sup>21</sup> de la misma es un reflejo de la aplicación de ese principio tan importante. En igual sentido ha sido tomado en diversos laudos arbitrales de la CCI<sup>22</sup>. En este caso se discutía la responsabilidad por incumplimiento de contrato entre un fabricante de aires acondicionados y un proveedor de materiales para la producción de dichos bienes. El fabricante de aires acondicionados tenía, a su vez, un contrato de compraventa con un fabricante de camiones, pero este último tuvo que cambiar los términos del contrato y pagar por los aires acondicionados un precio del 50% menos del estipulado, debido al colapso que se estaba presentado en la industria automotriz. Por este motivo el fabricante de aires acondicionados solicitó al proveedor dejar de suministrar los materiales, quedando pendiente por entregar más del 50% del material estipulado en el contrato. El fabricante de aires no continuaría con esa labor y no necesitaba el suministro de materiales.

El Tribunal dijo que el proveedor de los materiales para fabricar aires acondicionados no estaba obligado a sufrir los daños ocasionados por el incumplimiento de un tercero - el fabricante de camiones - en un contrato donde aquél no era parte. Por tanto, ordenó al fabricante de aires acondicionados pagar los daños ocasionados al proveedor y restablecer el equilibrio económico con base en los artículos 74 a 77 de la Convención de Viena, sin tener derecho a que se le aplicara el artículo 79<sup>23</sup>. Además, explicó cómo en el

---

<sup>20</sup> Artículo 7: “1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado”. En: <http://www.ua.es/dipr/textjcos/cv80.htm>.

<sup>21</sup> Artículo 77: “La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida”. En: <http://www.ua.es/dipr/textjcos/cv80.htm>.

<sup>22</sup> Cour D’appel Colmar, 12 de Junio (2001). Francia <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010612f1.html>

<sup>23</sup> Convención de Viena. Sección IV. Exoneración. Artículo 79:

caso concreto el hecho de que un contrato se tornara más oneroso para una de las partes no constituía una circunstancia externa, imprevisible e inevitable hasta el punto de exonerarlo de toda responsabilidad y lo condenó a pagar los daños causados por el incumplimiento del contrato. Uno de los fundamentos acopiados por el Tribunal fue la aplicación del principio de buena fe, que establece que la parte afectada por el incumplimiento de un contrato debe tomar siempre las medidas necesarias para mitigar las pérdidas causadas y, por lo mismo, señaló que los contratos debían ser cumplidos de buena fe y con racionalidad. En el mismo laudo también se indicó cómo la experiencia en esta clase de casos mostraba que en un periodo de 8 años, donde los precios de los productos habían fluctuado de manera importante, ello no podía considerarse como una situación excepcional o imprevisible. En este caso no se hizo uso de la cláusula de hardship porque el comprador no formuló dicha petición y, por lo mismo, no fue considerada como una alternativa para solucionar el problema.

Asimismo, cuando una de las partes de la relación contractual solicita el pago de los perjuicios causados por el incumplimiento de la otra, siempre debe actuar de buena fe, en el sentido de evitar que los daños sean mayores, si está en posibilidad de hacerlo, ya que algunas veces no sólo se ha presentado el incumplimiento de una obligación, sino varios incumplimientos que puedan generar mayores daños. Esto fue determinado en otro caso conocido por un Tribunal de arbitramento de la CCI<sup>24</sup>, donde se cuestionaba la responsabilidad de un vendedor de fertilizante por el incumplimiento de las entregas del producto al comprador, en la forma y fechas estipuladas en el contrato. El incumplimiento en la entrega del fertilizante se debió a que las bolsas en que debía ser empacado no contaban con las características y reglas técnicas exigidas para almacenar este producto. El tribunal de Arbitramento concluyó que el vendedor incumplió el contrato al no darle al comprador las instrucciones completas sobre las características que debían reunir las bolsas para el empaque del fertilizante. Este incumplimiento, añadió, irrogó varios perjuicios al comprador, ya que debió comprar el fertilizante a otra persona y pagar precios más altos, con el fin de no incumplir los negocios que tenía con terceras personas. De esta forma, el comprador actuó de buena fe y tomó las medidas necesarias para cumplir con las demás obligaciones contractuales.

---

“1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias.

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

a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y

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

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

4) La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.

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

<sup>24</sup> ICC, Arbitration Case No. 8128 (1995). <http://cisgw3.law.pace.edu/cases>

Muchos autores ubican al principio de la buena fe como elemento fundamental de la cláusula de hardship<sup>25</sup>. Para Anibal Alterini<sup>26</sup> en los contratos de tracto sucesivo los contratantes tienen el deber y el derecho de renegociarlo cuando las circunstancias se alteran. Ese deber de renegociar los contratos se sustenta en el principio de buena fe, pues la parte afectada espera que su cocontratante, actuando de una forma recta y leal, acceda a renegociar el contrato. Por ello, concluye diciendo que “(...) la cláusula de Hardship suele ser explícita, pero en todo caso está implícita en los contratos de duración por exigencias de la regla de la buena fe.”

En nuestro sentir, esta afirmación es un poco drástica y llevada al extremo, pues aunque es cierto que la buena fe juega un papel preponderante en materia contractual, también lo es que tenerla como implícita en todos los contratos podría comprometer la seguridad jurídica e incluso generar incertidumbre, creando consecuencias no deseables en el comercio internacional.

En igual sentido se pronunció un Tribunal de arbitramento sujeto a las reglas de la Cámara de Comercio Internacional - caso 8873 -, en tanto que aceptó la existencia de una tendencia a incluir la cláusula de hardship en algunos contratos internacionales, como una obligación de equilibrar el contrato frente a una excesiva onerosidad sobrevenida<sup>27</sup>. Empero, agregó que esto constituye un principio excepcional, que para entenderlo incluido en el contrato deberá ser pactado por las partes. La cláusula de hardship, a pesar de la tendencia moderna, todavía no se considera incorporada dentro de los negocios jurídicos, sin necesidad de convenio en tal sentido. En conclusión, ésta no constituye un uso internacional<sup>28</sup>. Es por esto que la negociación del contrato, como consecuencia de la alteración de su equilibrio, tampoco se admite si el acuerdo ya tiene una cláusula de adaptación automática, como, por ejemplo, una en que se establezca la automática indexación del precio, en caso de presentarse cierto evento.

## **6. La cláusula de hardship en el derecho del comercio internacional.**

Los mecanismos de adaptación previstos en las convenciones internacionales y en los principios de derecho de los contratos, optan, en su mayoría, por la aplicación del

---

<sup>25</sup> Cfr. Ugo Draetta, Ralph Lake, Ved Nanda, Anibal Alterini y Anja Carlsen, entre otros.

<sup>26</sup> ALTERINI. Atilio Anibal, “Teoría de la imprevisión y cláusula de Hardship”. Publicado en: Roma e America Diritto Romano Comune; Rivista di Diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina. Mucchi Editore. (2002)

<sup>27</sup> ARNALDEZ, Jean-Jacques. « Collection of ICC arbitral awards, 1996 - 2000 : recueil des sentences arbitrales de la CCI » París, ICC Publishing. 2003. Pagina 435. ICC, arbitration case No. 8873 (1997).

<sup>28</sup> “Si pudiéramos admitir la tendencia, dentro de ciertas áreas, a estipular con alguna continuidad las cláusulas de hardship, es cierto que en la práctica el reequilibrio del contrato, que caracteriza el hardship, constituye un principio excepcional, que aun no es aceptado dentro del catálogo de cláusulas contractuales. Estas se deben determinar en detalle al igual que las situaciones que justifican el hardship y sus consecuencias. Es por esto que no podemos considerar las disposiciones en materia de hardship, encontradas dentro de los principios UNIDROIT, como usos de comercio. Estas son reglas, que en el estado actual, en la práctica dentro del comercio internacional no son aplicables a menos que las partes hagan una referencia expresa, situación que no se encuentra en el caso.” ARNALDEZ, Jean-Jacques. « Collection of ICC arbitral awards, 1996 - 2000 : recueil des sentences arbitrales de la CCI » París, ICC Publishing. 2003. Pagina 435. ICC, arbitration case No. 8873 (1997).

principio rebus sic stantibus, es decir que, siempre apuntan a buscar un equilibrio en las prestaciones recíprocas de las partes, en orden a conservar la correspondiente simetría.

### 6.1. ¿Hace el artículo 79 de la Convención de Viena alusión al hardship?

Como primera medida, debemos tener en cuenta que la convención de Viena no trae una solución expresa para el hardship. El artículo 79<sup>29</sup> de esta Convención prevé que la parte que incumple con las prestaciones a su cargo en un contrato puede exonerarse de su responsabilidad demostrando que el incumplimiento se debió a un impedimento imprevisible e incontrolable al momento de concluir el contrato. Con esta disposición la parte que incumplió puede exonerarse de responsabilidad, pero no puede pretender una resolución del contrato, pues ello no se encuentra previsto. El término “impedimento” utilizado en el artículo 79 incluye no sólo los casos de imposibilidad absoluta de cumplir el contrato, sino que también se refiere a aquellos casos en que la ejecución es tan onerosa que no es razonable esperarla del deudor. La fórmula del artículo tiende, por tanto, a reconciliar las nociones del civil law y el common law sobre el incumplimiento del contrato<sup>30</sup>.

El 14 de Enero de 1993, en el caso de Nova Funcionati contra Fondametall international A.B.<sup>31</sup> un Tribunal de arbitramento de la Cámara de Comercio Internacional concluyó que la convención no traía una solución al hardship, porque la figura de la disolución del contrato se asemejaba a la ruptura unilateral del contrato.

La falta de una cláusula que pueda reequilibrar el contrato frente a posibles incrementos sustanciales de los precios se podría ver como una falta de diligencia de la parte que pueda resultar perjudicada y es similar a la diligencia que debe tener el hombre de negocios frente a un dolus bonus de su cocontratante.

Ahora, como requisitos para aplicar el Artículo 79 de la Convención de Viena se establecieron los siguientes:

- Debe existir un alto grado de imprevisibilidad: se analiza si una persona racional, en la misma situación, hubiera podido prever el evento. Es decir, se hace un análisis in abstracto.
- Debe existir un peligro inminente de sufrir daños irreparables si se cumple la obligación.
- La Convención deberá hacer parte del ordenamiento jurídico de los países en los que se encuentran los establecimientos de las partes, al momento de celebrar el contrato. Es decir, debe haber una ratificación del tratado en los países respectivos al momento de la celebración del contrato.<sup>32</sup>

En nuestra opinión, el artículo 79 de la Convención de Viena no hace mención expresa del hardship en los contratos comerciales internacionales, pues lo que ofrece es una exoneración de responsabilidad cuando se presentan circunstancias o hechos

---

<sup>29</sup> Ver supra nota 24.

<sup>30</sup> Marcatonio. Unifying the law of impossibility, 8 *hastings Int'l & comp. L. Rev.* 41 (1984).

<sup>31</sup> Tribunale Civile di Monza, January 14 (1993) Italia. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>

<sup>32</sup> Tribunale Civile di Monza, January 14 (1993) Italia. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>

imprevisibles e incontrolables por las partes. Pese a que no alude al hardship, el artículo 79 se podría aplicar en muchas de estas situaciones, pues para que aquél ocurra se requiere de hechos imprevistos e incontrolables para las partes que hagan la prestación sustancialmente onerosa, a tal punto que su cumplimiento se traduciría en una situación gravosa. En todo caso, lo cierto es que el artículo no atañe a la posibilidad de renegociar el contrato y es, precisamente, la renegociación del contrato lo que constituye el objetivo principal de la cláusula que se viene examinando.

## 6.2. Principios Unidroit.

Los principios Unidroit no sólo están dirigidos a los contratantes, para que, si a bien lo tienen, los incorporen o adapten a sus contratos mediante las cláusulas respectivas, sino que también pueden ser tomados como modelo por los legisladores para la redacción de normas. Son, por tanto, un instrumento útil para la interpretación de la voluntad de las partes. Ahora, para el tema que nos concierne hay un grupo de principios que buscan facilitar la ejecución del contrato, dentro de los que se destacan el de la obligación de las partes de informarse entre sí sobre las circunstancias de ejecución del contrato, el principio que establece el equilibrio en las obligaciones recíprocas, aquel que aboga porque los árbitros puedan adaptar los contratos a la evolución de las circunstancias económicas, los cuales, en principio, no son admitidos plena ni automáticamente, a menos que las partes hayan previsto su incursión, sin desconocer que, en otras ocasiones, han sido considerados como expresión contemporánea de la llamada Lex Mercatoria.

A manera de ejemplo, sin que ello quiera decir que no se han expuesto posiciones diversas en cuanto a la aplicabilidad de los principios Unidroit, puede citarse el caso 9029 de la Cámara de Comercio Internacional, en el que no se admitió la actuación de estas reglas, pues en el contrato en disputa nunca se había hecho alusión a ellos; además, se dijo que los principios no constituían un tratado internacional, por lo que su aplicación no resultaba obligatoria<sup>33</sup>.

Es de anotar que los principios Unidroit definen el hardship como el desequilibrio fundamental en las prestaciones a cargo de cada una de las partes de la relación contractual. En tal virtud, los artículos 6.2.1 y 6.2.2. establecen el significado y las condiciones necesarias para la aplicación de esta figura:

ARTÍCULO 6.2.1 (*Obligatoriedad del contrato*): “Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (*hardship*)”.

ARTÍCULO 6.2.2 (*Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship)*) “Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

---

<sup>33</sup> ICC, arbitration case No. 9029 (1998). [www.unilex.info](http://www.unilex.info)

- a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”.

### **6.3. Anteproyecto del Código Europeo de Contratos.**

Este catálogo de disposiciones consagra la teoría de la imprevisión en su artículo 97, así:

“Obligaciones que no pueden ser consideradas inejecutadas: 1. Aun cuando el deudor está en mora en la ejecución de la prestación debida, o ésta haya sido sólo parcialmente ejecutada, no se podrá considerar que hubo inejecución si previamente se han producido acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que han tornado excesivamente onerosa la ejecución y que consecuentemente dan al deudor el derecho de obtener una nueva renegociación del contrato. Sin embargo el deudor debe haber comunicado al acreedor su intención de recurrir a este derecho antes del vencimiento del plazo previsto para la ejecución, o antes de que el acreedor le haya dirigido la interpelación prevista en el precedente Artículo 96 ordinal A. ”.

Vemos claramente que este precepto introduce la figura del hardship, pues se basa en un elemento típico de ella, que es la posibilidad de renegociar el contrato cuando el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes se vuelve excesivamente oneroso. En este caso, podría entenderse que se trata de como una aplicación implícita de este instituto a los contratos, así como de una excusa o justificación alrededor de la inejecución de éstos, al hablar de que el deudor podía, incluso, estar en mora.

### **6.4. Principios de Derecho Europeo de Contratos.**

En esta compilación se trata el tema del cambio imprevisto de las circunstancias iniciales de contrato de una forma similar a los principios Unidroit<sup>34</sup>:

“Artículo 6:111: Cambio de circunstancias

- 1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costos de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.
- 2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:

---

<sup>34</sup> ALTERINI. Atilio Anibal, “Teoría de la imprevisión y cláusula de Hardship”. Publicado en: Roma e America Diritto Romano Comune; Rivista di Diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina. Mucchi Editore. (2002)

a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato.

b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.

c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.

3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:

a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.

b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.

En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura.”

Estas disposiciones son el producto del deseo que tienen la mayoría de los países de la Unión Europea de buscar e implementar un mecanismo que solucione cualquier injusticia que surja como consecuencia de una alteración en el equilibrio económico del contrato, por circunstancias imprevistas al momento de contratar<sup>35</sup>.

## 7. La aplicación de la cláusula de hardship.

Según Draetta, Lake y Nanda<sup>36</sup> para que se pueda aplicar la cláusula de hardship se requiere:

- Estar frente a eventos que impliquen un cambio en las circunstancias iniciales del contrato. Si las circunstancias existían al momento de contratar, pero por negligencia de la parte afectada no se tuvieron en cuenta, no habrá lugar a aplicar la cláusula.

Las decisiones de los Tribunales de arbitramento de la Cámara de Comercio Internacional tienden a rechazar la figura de hardship cuando ésta se usa para justificar el incumplimiento del contrato. En especial, en los contratos que tienen por objeto la compraventa de metales esto se presenta porque el incremento de los precios es una situación frecuente y existente - o por lo menos previsible - al

---

<sup>35</sup> COMMISSION OF EUROPEAN CONTRACT LAW, Presidida por el Prof. O. Landö, Principles of european contract law. Citado por; ALTERINI. Atilio Anibal, “Teoría de la imprevisión y cláusula de Hardship”. Publicado en: Roma e America Diritto Romano Comune; Rivista di Diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina. Mucchi Editore. (2002)

<sup>36</sup> DRAETTA. Ugo, LAKE. Ralph y NANDA, Ved. “Breach and adaptation of internacional contracts, an introduction to lex mercatoria” Butterworth Legal publishers, 1992.



momento de celebrar el contrato. Se tiene en cuenta que históricamente el mercado internacional de los metales siempre ha sido inestable, es decir, existe una volatilidad de los precios. A esta conclusión llegó un Tribunal de arbitramento organizado bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional - fallo de 26 de Agosto de 1989 – en un caso en que un vendedor de Yugoslavia pretendía renegociar el precio de su producto - barras de hierro - con su comprador en Egipto. Frente a esta situación el Tribunal señaló que “el precio en el mercado mundial del producto fluctúa normalmente, y que al concluirse el contrato los precios habían comenzado a subir.”<sup>37</sup>.

- Deberán ser eventos surgidos con posterioridad a la celebración del contrato, etapa en la cual las condiciones contractuales ya fueron debatidas. Por eso, las circunstancias deben presentarse en la etapa de la ejecución del contrato. En un caso de compraventa de fertilizante, el vendedor incumplió su obligación de entregar la mercancía, lo que afectaba las obligaciones que tenía el comprador con terceros. Para evitar ese incumplimiento para con el tercero, el comprador decidió adquirir el fertilizante en otro mercado de una manera urgente y a un precio más alto. Por esta razón el comprador tenía todo el derecho de solicitar el pago de perjuicios al vendedor que incumplió primero, por el hecho del desequilibrio económico que se presentó<sup>38</sup>.
- Los eventos también deberán tener un alto grado de imprevisibilidad. Esto se debe interpretar de una manera amplia, pues aquélla hace referencia a la imposibilidad de las partes de predecir o suponer que determinado evento sucederá, cuando ocurrirá y la naturaleza de sus consecuencias.

Un ejemplo de esta situación se encuentre en un caso en el que como consecuencia de los problemas económicos de un productor en China, un distribuidor en Hong Kong incumplió un contrato con su cliente en Alemania. El cliente demandó al distribuidor con el objetivo de obtener una indemnización por el incumplimiento. El Tribunal exoneró de responsabilidad al distribuidor, porque consideró que los problemas del productor en China no entraban en el ámbito de su responsabilidad. Las dificultades económicas de la fábrica constituían un hecho imprevisible e incontrolable y así se exoneró de responsabilidad al distribuidor dándole aplicación a la figura del hardship<sup>39</sup>, pero no se permitió la disolución del contrato. Sobre este caso, ha de precisarse, pareciera que la institución aplicable debía ser la de la fuerza mayor.

La imprevisibilidad del hecho no siempre se puede demostrar, y es así como muchas veces los tribunales de arbitramento se rehúsan a darle aplicación al hardship. En este sentido se pronunció un Tribunal de la Cámara de Comercio Internacional el 14 de Enero de 1993, en un caso en que un vendedor pretendía exonerarse de sus obligaciones contractuales, consistentes en el despacho de 1000 toneladas de hierro cromo, alegando que en el lapso corrido entre la

<sup>37</sup> ICC, Arbitration case N° 6281, August 26 (1989). <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/896281i1.html>

<sup>38</sup> ICC, Arbitration Case N° 8128 (1995). <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html>

<sup>39</sup> Hamburg Chamber of Commerce, June 21 (1996) Germany. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960621g1.html>

celebración del contrato y la fecha del despacho los precios del material habían aumentado desproporcionadamente, creando un desequilibrio contractual entre las partes, motivo por el cual requería un reajuste en los precios o una disolución del contrato.

El Tribunal concluyó que a pesar de que el demandante demostró un incremento del 43,7% en los precios del hierro cromo, esto no era suficiente para alegar el hardship, pues no se trataba de un hecho imprevisible.<sup>40</sup> A esta misma conclusión llegó un Tribunal de la Cámara de Comercio Internacional en septiembre de 1996, al indicar que ni la caída de los precios de los productos, ni la devaluación de la moneda constituían circunstancias imprevistas y, por tanto, no justificaban a terminación del contrato. Estas circunstancias, anotó, se ubicaban dentro del riesgo que asumen las partes al contratar.<sup>41</sup>

En igual sentido se pronunció un Tribunal de arbitramento de la Cámara de Comercio y de Industria de la Federación Rusa el 16 de Marzo de 1995 con ocasión a una disputa entre un vendedor de químicos en Rusia y un comprador en Alemania. En este caso los productos químicos no fueron despachados en las fechas convenidas por los contratantes y el comprador, en vista del incumplimiento, decidió comprar los productos químicos a una tercera persona, teniendo que pagar un precio mucho más elevado. Es así como el comprador decidió demandar al vendedor por los perjuicios que le causó su incumplimiento. El vendedor se defendió explicando que su incumplimiento se debió a razones fuera de su control, pues la planta que producía los productos químicos fue cerrada de emergencia.

En este caso el Tribunal no consideró como un hecho imprevisible que el proveedor hubiera interrumpido de emergencia las actividades de la fábrica. Este hecho debía preverse con anterioridad a su ocurrencia, en el momento de la celebración del contrato<sup>42</sup>.

Otra disputa que vale la pena mencionar es la que se presentó entre EAMSA contra SODIGA - sociedad de derecho publico en España - en 1997 y que fue tratada por el Tribunal de la CIADI (Centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones del Banco Mundial). Estas dos sociedades eran las dueñas de una empresa que fabricaba productos químicos en Galicia, pero al poco tiempo EAMSA comenzó a tener serios problemas económicos teniendo que despedir una gran cantidad de empleados y parando la construcción de la planta química. El dueño de EAMSA buscaba reequilibrar el contrato pidiendo una indemnización por parte de SODIGA, pues, a su juicio, esta entidad no hizo los suficientes estudios de productividad.

---

<sup>40</sup> Tribunale Civile di Monza, January 14 (1993) Italia. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>

<sup>41</sup>ARNALDEZ, Jean-Jacques. « Collection of ICC arbitral awards, 1996 - 2000 : recueil des sentences arbitrales de la CCI » París, ICC Publishing. 2003. ICC, Arbitration case No. 8486, September (1996).

<sup>42</sup> Tribunal of international commercial arbitration, at the Russian Federation chamber of commerce and industry. Case N° 155/1994, March 16 (1995) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950316r1.html>

El Tribunal decidió no declarar el hardship, porque la crisis económica de la planta química era un hecho previsible. En opinión del Tribunal EAMSA tenía la carga de seguir realizando los estudios de productividad, a pesar de que SODIGA estaba realizando los suyos por su parte. Se establece que en este caso hay una negligencia por parte del EAMSA<sup>43</sup>.

- Los eventos no podrán ser controlados por las partes: las partes y sus actuaciones no podrán tener ningún grado de injerencia en el evento que configure el hardship. La voluntad o los actos intencionales de las partes para controlar los eventos no son propios de figuras en las que intempestivamente se ve gravemente afectado el equilibrio económico del contrato, pues no se estaría frente a una situación imprevista.

Según un Tribunal de arbitramento de la Cámara de Comercio y de Industria de la federación Rusa - decisión de 16 de Marzo de 1995 -, el hecho constitutivo de hardship debe estar plenamente probado y no debe haber duda sobre su existencia. Establece el Tribunal que para probar el hardship se ha de aportar una serie de pruebas que no dejen duda frente a la ocurrencia del hecho. Resalta, además, la dificultad que puede acarrear esto, pues muchas veces la prueba del hardship depende de terceras personas que se pueden negar a expedir certificados o documentos. Sin pruebas es imposible exonerar a quien a incumplido el contrato<sup>44</sup>.

### **7.1. La aplicación del hardship en los principios Unidroit.**

Lo primero que se debe tener en cuenta es que según los principios Unidroit (artículo 6.2.1) el simple hecho de que el cumplimiento del contrato traiga dificultades económicas a una de las partes no es justificación suficiente para aplicar la figura de hardship<sup>45</sup>. Vemos, entonces, que el desequilibrio económico en el contrato debe ser considerable y tener una entidad suficiente para imponer la renegociación.

Según el laudo proferido en el caso 9029 dentro de un Tribunal organizado bajo las reglas de la CCI, la ignorancia no sirve para invocar la figura del hardship, pues ésta hace parte del grado de diligencia que debe tener el contratante; así se presumirá la negligencia del mismo. La ignorancia solo podrá ser invocada cuando:

- Venga con posterioridad a la conclusión del contrato,
- Venga por circunstancias posteriores que no eran conocidas al momento de contratar.

El Tribunal instalado en el caso 9029<sup>46</sup> profundizó en torno a la procedencia del hardship, estableciendo que era indispensable que la parte en desventaja no estuviera vinculada

---

<sup>43</sup> ICSID, Arbitration case No. ARB/97/7. [www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm](http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm)-

<sup>44</sup> Tribunal of international commercial arbitration, at the Russian Federation chamber of commerce and industry. Case N° 155/1994, March 16 (1995) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950316r1.html>

<sup>45</sup> ARNALDEZ, Jean-Jacques. « Collection of ICC arbitral awards, 1996 - 2000 : recueil des sentences arbitrales de la CCI » París, ICC Publishing. 2003. ICC, Arbitration case No. 8486, September (1996).

<sup>46</sup> *Ibíd.*

con el evento que causó la disparidad. En tal virtud, la parte en desventaja debe ser totalmente ajena al evento que causó el desequilibrio.

En un caso estudiado por un Tribunal de la Cámara de Comercio Internacional en el año 2000 se sostuvo que el artículo 6.2.3 de los principios Unidroit trata el proceso que tienen que agotar las partes cuando se encuentran frente a una situación constitutiva de hardship. La parte en desventaja puede pedir que se realice una renegociación de las condiciones contractuales, lo que deberá hacer a tiempo e indicando las circunstancias en que se apoya. La petición de renegociación no da derecho a la parte afectada para interrumpir la ejecución o incumplir el contrato. Si las partes no logran llegar a un acuerdo, podrán acudir a un Tribunal de arbitramento y si éste acepta la configuración del hardship podrá adaptar el contrato restableciendo su equilibrio económico o darlo por terminado<sup>47</sup>.

## **7.2. ¿Qué gravedad deben tener los eventos para que puedan configurar una situación de hardship?**

Los eventos pueden analizarse desde dos puntos de vista y es claro que estos deben revestir una entidad suficiente. Desde el punto de vista objetivo el evento deberá causar un perjuicio grave a la parte afectada y desde el punto de vista subjetivo tenemos que mirar el grado de injusticia e inequidad que puede llegar a causar este hecho<sup>48</sup>.

Un ejemplo del análisis desde el punto de vista objetivo, lo encontramos en el fallo del 26 de Agosto de 1989, en el que un comprador establecido en Egipto se enfrentaba a un vendedor de Yugoslavia por un contrato de compraventa de 80.000 barras de hierro con la opción de comprar otras 80.000 barras al mismo precio. Después de haber comprado las primeras 80.000 barras de hierro, el comprador en Egipto quiso ejercer la opción de adquirir las siguientes 80 000 barras al mismo precio. El vendedor en Yugoslavia se negó a cumplir con la opción alegando que el precio del material había incrementado notoriamente y que, por tanto, se encontraba protegido por el artículo 79 de la Convención de Viena.

El Tribunal de la Cámara de Comercio Internacional analizó el daño que se podría llegar a causar en cabeza del vendedor en el evento de cumplir el contrato, concluyendo que en ningún caso se causaría un perjuicio irreparable<sup>49</sup>.

La configuración de la situación de hardship resulta excepcional porque con la aplicación en exceso de este tipo de figuras se podría afectar la seguridad jurídica y estabilidad de los contratos. En este sentido se pronunció un Tribunal de la Cámara de Comercio Internacional en septiembre de 1996<sup>50</sup> con ocasión del incumplimiento de un contrato de compraventa de azúcar. Dijo el Tribunal que la terminación del contrato basada en la ocurrencia de circunstancias imprevistas - hardship - se debería admitir en solo casos

---

<sup>47</sup> ICC, Arbitration case No. 10021, (2000). [www.unilex.info](http://www.unilex.info)

<sup>48</sup> DRAETTA, Ugo, LAKE, Ralph y NANDA, Ved. "Breach and adaptation of internacional contracts, an introduction to lex mercatoria" Butterworth Legal publishers, 1992.

<sup>49</sup> ICC, Arbitration case N° 6281, August 26 (1989). <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/896281i1.html>

<sup>50</sup> ARNALDEZ, Jean-Jacques. « Collection of ICC arbitral awards, 1996 - 2000 : recueil des sentences arbitrales de la CCI » París, ICC Publishing, 2003. ICC, Arbitration case No. 8486, September (1996).

excepcionales y extraños, porque en la mayoría de ellos las partes debían asumir los riesgos del contrato. En igual sentido, los principios Unidroit establecen que las partes no podrán invocar la figura de hardship por el simple hecho de que el contrato no genere utilidades.<sup>51</sup>

## 8. Clasificación de las cláusulas de hardship <sup>52</sup>.

Refiriéndonos a la estructura de las cláusulas, puede decirse que éstas se encuentran divididas en dos partes. La primera parte define cuando se aplica la cláusula. La segunda parte determina su efecto. Algunas estipulaciones fijan criterios para la revisión del contrato, como, por ejemplo: "...para restablecer el equilibrio entre las partes, al momento de la firma del contrato"<sup>53</sup>.

Asimismo, cuando las partes no logran un acuerdo alrededor de la adaptación del contrato las cláusulas de hardship prevén ciertas consecuencias que usualmente corresponden a la terminación del contrato o a la adaptación del contrato por un tercero.

### 8.1. Cláusula General.

Estas se pueden referir genéricamente a circunstancias económicas, políticas o técnicas, por ejemplo, de la siguiente manera:

"Si durante la ejecución de este contrato sobrevienen circunstancias económicas, políticas o técnicas, que fueron imprevisibles por las partes, mas allá de su control, haciendo que el cumplimiento del contrato sea oneroso (aunque no imposible) para una de ellas y adicionalmente la carga exceda cualquiera de las previsiones anticipadas hechas por las partes al momento de la firma del contrato, aquella parte afectada tiene el derecho de pedir una solución equitativa mediante la revisión del contrato. Las partes discutirán el tema y si no llegan a un acuerdo, la parte afectada podrá pedir la conformación de un tribunal de arbitramento dependiendo de la cláusula compromisoria de este contrato"<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> ARNALDEZ, Jean-Jacques. « Collection of ICC arbitral awards, 1996 - 2000 : recueil des sentences arbitrales de la CCI » París, ICC Publishing, 2003. ICC, Arbitration case No. 8486, September (1996).

<sup>52</sup> Tomada del artículo Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice, International Business Law Journal, n° 4, 2003, p.420.

<sup>53</sup> "to restore the equilibrium between the parties as it was at the time of the conclusion of the contract". Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice, International Business Law Journal, n° 4, 2003, p.420.

<sup>54</sup> "If during the performance of this Contract there should arise economic, political or technical circumstances which were unforeseen by the parties and are beyond their control, and which make the performance of the Contract so onerous (though not imposible) for one of the parties that the burden would excede all the anticipatory provisions made by the parties at the time the Contract is signed, such affected party shall be entitled to equitable relief, and may request the revision of the contract. The parties will discuss the matter, and if amicable solution cannot be reached, the affected party may request arbitration of the matter in accordance with the arbitration clause of this Contract". Ugo Draetta, Ralph B. Lake, Ved P. Nanda, Breach and Adaptation of Internacional Contracts. An Introduction to Lex Mercatoria, 1992, p. 194.

Otro ejemplo de este tipo de cláusula se encuentra en el caso de Joseph Charles Lemire contra el gobierno de Ucrania - CIADI no. ARB(AF)/98/1 -<sup>55</sup>. La disputa surgió como consecuencia de la inversión efectuada para instalar una emisora llamada "Gala Radio", que no pudo entrar en operación por los obstáculos relacionados con las frecuencias. En el contrato se incorporó una cláusula de hardship, estableciendo algunos requisitos:

1. Los eventos se presentan para la parte afectada con posterioridad a la celebración del acuerdo.
2. Los eventos no pudieron haber sido previsibles por la parte afectada al tiempo de la celebración del acuerdo.
3. El riesgo de ocurrencia de los hechos no fueron asumidos por la parte afectada.
4. Para poder invocar la figura del hardship y pedir la revisión del acuerdo se requiere que la parte afectada no esté en mora y así debe indicar las razones por las cuales invoca la figura.

Aunque los requisitos estimados por las partes en este caso no hacen alusión directa a los principios Unidroit se puede observar una relación muy estrecha con las pautas previstas en ellos. Las partes contratantes usualmente toman como punto de partida los requisitos de hardship consagrados en las diferentes disposiciones, modelos y fuentes internacionales y de esta forma establecen como va a operar en el caso particular.

### **8.2. Eventos específicos: cláusulas con lista cerrada.**

En ciertas estipulaciones contractuales las partes pueden acudir a listados, más o menos cerrados, con el propósito de delimitar deliberadamente las probabilidades de que se invoque el hardship.

Asimismo, hay otras cláusulas que, en casos específicos, habilitan la enmienda de las condiciones contractuales, verbigracia, ante una desviación de los precios u otros se introduce una cláusula de indexación de los precios, costos, salarios, tasas de cambio, etc; igualmente, en los eventos en que el contratista ve la posibilidad de contratar en condiciones mas favorables con un tercero - cláusula del cliente mas favorable - o si se recibe una oferta mas favorable de un competidor, etc.

En dichas cláusulas la alteración de las circunstancias originales es el resultado de la ocurrencia de eventos específicos y cuyos efectos han sido acordados en el contrato, valga decirlo, indexación inmediata, modificación de las tasas de cambio, alinearse a las condiciones más favorables ofrecidas por terceros, entre otros.

En el concepto tradicional de hardship las circunstancias no exactamente permiten acuerdos previos para enmendar, sino que, por el contrario, usualmente se necesita una renegociación entre las partes.

### **8.3. Eventos específicos: cláusula con lista abierta.**

---

<sup>55</sup> ICSID, arbitration case No. ARB (AF)/98/1. [www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm](http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm)

Las cláusulas pueden contener una lista específica de eventos de hardship o una lista que excluya ciertos eventos que las partes no quieren tratar como tal, porque alguna asume un determinado riesgo.

Esto se puede ver en el Modelo de acuerdo de explotación y producción de Qatar 1994<sup>56</sup> en su artículo 34.12<sup>57</sup>. Este artículo establece que en principio la posición financiera del contratista se regirá por el acuerdo, leyes y regulaciones vigentes a la fecha, pero que en futuras leyes, decretos o regulaciones que afecten la posición financiera del contratista y en particular si los costos de aduana exceden un porcentaje X durante el término del acuerdo, ambas partes deberán entrar en negociaciones de buena fe, con el fin de alcanzar una solución equitativa que mantengan la economía del contrato. Si no logran una solución equitativa, el asunto será sometido a un proceso de arbitraje por cualquiera de las dos partes.

De esta manera vemos cómo las alteraciones de las circunstancias legales pueden llegar a afectar la ejecución del contrato. Adicionalmente, se observa la combinación entre circunstancias específicas y generales. Por ejemplo, cuando dice que por futuras leyes, decretos o regulaciones que afecten la posición financiera del contratista, se establece una circunstancia muy general en comparación con eventos precisos, como el incremento de los costos de aduana.<sup>58</sup>

## 9. Consecuencias legales y efectos de la cláusula de hardship.

- Suspensión en la ejecución del contrato. Una de las grandes diferencias entre las cláusulas de hardship y la fuerza mayor es el efecto que trae el cambio de circunstancias en el contrato. Ambos conceptos traen, según sea el caso, una oportunidad para renegociar, terminar o suspender el contrato. En el caso de la fuerza mayor, la imposibilidad temporal de ejecutar el contrato por una de las partes genera como consecuencia la suspensión, sin tener que pagar perjuicios. Por otra parte, cuando se

---

<sup>56</sup> Piero Bernardini, *The Renegotiation of the Investment Contract*, ICSID Review. Foreign Investment Law Journal, volume 13, number 2, Fall 1998, p. 416. En: Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice, International Business Law Journal, n° 4, 2003, p.422.

<sup>57</sup> Model Exploration and Production Sharing Agreement of 1994 of Qatar, artículo 34.12 : “Equilibrium of the agreement. Whereas the financial position of the Contractor has been based under the Agreement, on the laws and regulations in force at the Effective Date, it is agreed that, if any future law, decree or regulations affects Contractor’s financial position, and in particular if the custom duties exceeds... percent during the term of the Agreement, both parties shall enter into negotiations, in good faith, in order to reach an equitable solution that maintains the economic equilibrium of this Agreement. Failing to reach agreement on such equitable solution, the matter may be referred by either Party to arbitration pursuant to article 31.

<sup>58</sup> Esta clasificación coincide mucho con la expuesta por Anibal Alterini en donde establece que “la variedad de cláusulas de hardship es muy amplia: a.) Pueden enunciar una fórmula general (por ejemplo, tomar en cuenta una situación grave, de carácter financiero, económico o político); b.) acudir a un enunciado puntual (por ejemplo, dar relevancia a nuevos costos fiscales, restricciones derivadas de políticas ambientales, variaciones en la tasa de cambio, etcétera); c.) establecer que dadas las circunstancias previstas, las partes deberá renegociar el contrato en cierto plazo, o someterse a arbitraje; d.) permitir, en fin, que la parte perjudicada de desligue del contrato; etcétera.” ALTERINI. Atilio Anibal, “Teoría de la imprevisión y cláusula de Hardship”. Publicado en: Roma e America Diritto Romano Comune; Rivista di Diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina. Mucchi Editore. (2002).

presentan las circunstancias de hardship y las partes negocian el ajuste en el contrato, la suspensión puede también ocurrir en el evento de presentarse desacuerdos con respecto a ese nuevo arreglo. Al final si las circunstancias de hardship están todavía presentes se podría dar por terminado el contrato. En todo caso, la simple solicitud de renegociación no autoriza la suspensión en el cumplimiento de las prestaciones.

- Adaptación del contrato a nuevas circunstancias. El principal fin de la adaptación es restablecer el equilibrio económico del contrato. En la mayoría de los contratos internacionales la adaptación del contrato se deja, en principio, a las partes. Por lo general las cláusulas tienen tanto criterios objetivos como subjetivos para la adaptación del contrato. Uno de los criterios más usados en este tipo de cláusulas es la equidad<sup>59</sup>. Pero ¿qué pasa si las partes no logran llegar a un acuerdo y la cláusula guarda silencio frente a esta situación? Lo más importante, según los autores Draetta, Lake y Nanda<sup>60</sup>, es que debemos tener en cuenta que la cláusula como tal es un medio para lograr el equilibrio del contrato.

- La mayoría de las veces las cláusulas traen una solución frente a la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre las partes. Dentro de las soluciones que se prevén se encuentran la terminación o la suspensión del contrato. Otras veces la cláusula determina dejar el conflicto a un tercero que decidirá con carácter vinculante - usualmente árbitros o expertos en la industria o el comercio -. Lo primero que ese tercero debe hacer es estudiar el evento alegado por una de las partes, para ver si cumple con las condiciones establecidas en la cláusula. Si esto no es así, el contrato sigue su ejecución. Si efectivamente cumple las condiciones, ese tercero determina los parámetros para revisar el contrato y devolverle su equilibrio económico. Es importante resaltar el rol de ese tercero en los casos de hardship ya que es mucho mayor e importante que en los casos de fuerza mayor, por el sólo hecho de que es un medio utilizado para adaptar el contrato. Debido a esto la experiencia y el conocimiento de ese tercero es fundamental para la correcta adaptación del contrato. Por el riesgo que corren las relaciones comerciales cuando se está en presencia de una situación de hardship, en algunas ocasiones, a las partes les es difícil permitir la intervención de un tercero para que adapte el contrato.

- Terminación del contrato. En algunas ocasiones las cláusulas de hardship permiten la terminación del contrato, aunque éste no es el objetivo fundamental.

Los principios Unidroit hacen una referencia expresa en el artículo 6.2.3 a las consecuencias del hardship, que se podrían resumir en cuatro puntos:

1. La parte en desventaja puede solicitar la renegociación del contrato lo que no implica que esta parte pueda aplazar la ejecución del contrato, por el mismo carácter excepcional del hardship y para evitar el posible abuso de esta situación;
2. La inejecución del contrato solo se podrá justificar en extraordinarias circunstancias como por ejemplo cuando se esta ejecutando un contrato de construcción pero una nueva regulación determina la necesidad de usar otra maquinaria más costosa y nuevas reglas

---

<sup>59</sup> DRAETTA. Ugo, LAKE. Ralph y NANDA, Ved. "Breach and adaptation of internacional contracts, an introduction to lex mercatoria" Butterworth Legal publishers, 1992.

<sup>60</sup>Ibidem,



de seguridad. En este caso solicitando la renegociación se puede suspender la ejecución por el hecho de tener que estudiar las nuevas medidas de seguridad y esperar la llegada de la maquinaria requerida. Esto podría tardar mucho y nunca llegar al acuerdo de adaptación del precio.

3. Puede suceder que las partes no lleguen a ningún acuerdo y deban solicitar un arbitramento.

4. Por último, si el árbitro comprueba la existencia del hardship puede terminar el contrato en la fecha y términos dispuestos o puede adaptar el contrato restableciendo el equilibrio entre las partes.

### **10. Críticas a las cláusulas de hardship.**

La inclusión de la cláusula puede traer incertidumbre en la relación contractual, aunque muchas veces las partes prefieren soportar esto que arriesgarse a tener que enfrentar las consecuencias de un hecho imprevisto en la conclusión del contrato<sup>61</sup>. Disentimos totalmente de la crítica expuesta por los autores citados, pues creemos que la cláusula en vez de traer incertidumbre hace todo lo contrario estableciendo una garantía para la parte que eventualmente pueda resultar afectada. Así se le imprime una flexibilidad al contrato adaptándolo a cualquier circunstancia que pueda traer el correr del tiempo.

En suma, lo importante es lograr una cláusula suficientemente balanceada como para dotar a las partes de una herramienta para encarar situaciones imprevistas, sin que ello constituya un riesgo de que se abuse de tal estipulación para propósitos distintos de aquellos que la inspiraron.

### **11. Conclusiones.**

- En la práctica del comercio internacional resulta sumamente dispendioso acudir a los mecanismos tradicionales de revisión de un contrato, si el ordenamiento interno los prevé, por lo que es fundamental disponer de otros medios dinámicos y seguros.
- La cláusula de hardship consiste en una herramienta sumamente útil en orden a conjurar determinados riesgos y contingencias contractuales que no haya sido inequívocamente asumidos por alguna de las partes.
- De esta manera el contrato tiende a volverse autosuficiente - self regulated - pues ofrece una respuesta al problema del eventual desequilibrio económico que pueda llegar a presentarse.
- El objetivo de las cláusulas de hardship es imprimirle una característica de flexibilidad al contrato, para que pueda modificarse, mantener el equilibrio económico y garantizar, de algún modo, la vocación de permanencia del vínculo.

---

<sup>61</sup> DRAETTA. Ugo, LAKE. Ralph y NANDA, Ved. "Breach and adaptation of internacional contracts, an introduction to lex mercatoria" Butterworth Legal publishers, 1992.

- En suma, una parte esencial de un contrato internacional será lograr armonía entre una adecuada distribución de riesgos en cabeza de los contratantes y una cláusula razonable de hardship que sirva como mecanismo para resolver los aspectos imprevistos y que asegure la duración - y equilibrio - de la relación económica en el tiempo.

## **12. Anexo. ICC Hardship Clause 2003<sup>62</sup>**

**[1]** A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.

**[2]** Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that:

[a] the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that

[b] it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event.

**[3]** Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract.

---

<sup>62</sup> Tomada de <http://tldb.uni-koeln.de> - Autorizado por la Cámara de Comercio Internacional