

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 18, n.º 25, enero-junio, 2026, 113-197

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v18i25.1508>

Los contratos alienos contratacan: las cláusulas de fuerza mayor, *hardship*, la *impracticability* y otras incomprensiones

Foreign Contracts Strike Back: Force Majeure Clauses, Hardship, Impracticability, and Other Misunderstandings

Os contratos estrangeiros contra-atacam: as cláusulas de força maior, *hardship*, a *impracticability* e outras incomprensões

JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA
Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)
Contacto: jaespino@pucc.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-6681-4571>

RESUMEN

El presente trabajo analiza críticamente la incorporación de cláusulas propias del *common law*, como la cláusula de *force majeure*, *hardship* y la figura de la *commercial impracticability*, en contratos regidos por ordenamientos de tradición civilista, con especial atención al derecho peruano. A partir de un enfoque dogmático y comparado, se examina jurisprudencia relevante del derecho anglosajón, decisiones arbitrales internacionales y normas de derecho contractual transnacional, como las cláusulas modelo de la Cámara de Comercio Internacional y el artículo 79 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. El estudio pone de relieve que las dificultades económicas, la volatilidad del mercado o la pérdida de rentabilidad no constituyen,

por regla general, supuestos de fuerza mayor ni de imposibilidad excusable del cumplimiento, y que la confusión entre imposibilidad de la prestación y excesiva onerosidad sobrevenida conduce a interpretaciones erróneas del riesgo contractual. Finalmente, se sostiene que, si bien el derecho contractual transnacional tiende a aproximar los presupuestos de la fuerza mayor y la *hardship*, en el contexto peruano estas figuras deben interpretarse con cautela, respetando las normas imperativas del Código Civil, el principio de *pacta sunt servanda* y la estructura de remedios contractuales prevista por el ordenamiento nacional.

Palabras clave: *hardship*; impracticabilidad comercial; contratos; riesgo contractual; *common law*; derecho civil; incumplimiento contractual.

ABSTRACT

This paper critically analyzes the incorporation of common law clauses, such as force majeure clauses, hardship clauses, and the doctrine of commercial impracticability, into contracts governed by civil law systems, with particular attention to Peruvian law. Through a doctrinal and comparative approach, it examines relevant common law case law, international arbitral decisions, and transnational contract law instruments, such as the model clauses of the International Chamber of Commerce and Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). The study highlights that economic difficulties, market volatility, or loss of profitability do not generally constitute force majeure events or excusable impossibility of performance, and that confusion between impossibility of performance and excessive hardship leads to erroneous interpretations of contractual risk. Finally, it argues that although transnational contract law tends to bring the requirements of force majeure and hardship closer together, in the Peruvian context these concepts must be interpreted cautiously, respecting the mandatory provisions of the Civil Code, the principle of *pacta sunt servanda*, and the system of contractual remedies established by domestic law.

Keywords: *hardship*; commercial impracticability; contracts; contractual risk; common law; civil law; breach of contract.

RESUMO

O presente trabalho analisa criticamente a incorporação de cláusulas próprias do *common law*, como a cláusula de *force majeure*, *hardship* e a figura da *commercial impracticability*, em contratos regidos por ordenamentos de tradição civilista, com especial atenção ao direito peruano. A partir de uma abordagem dogmática e comparada, examinam-se jurisprudência relevante do direito anglo-saxão, decisões arbitrais internacionais e normas de direito contratual transnacional, como as cláusulas-modelo da Câmara de Comércio Internacional e o artigo 79 da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias. O estudo destaca que as dificuldades econômicas, a volatilidade do mercado ou a perda de rentabilidade não constituem, em regra, hipóteses de força maior nem de impossibilidade escusável de cumprimento, e que a confusão entre a impossibilidade da prestação e a excessiva onerosidade superveniente conduz a interpretações equivocadas do risco contratual. Por fim, sustenta-se que, embora o direito contratual transnacional tenda a aproximar os pressupostos da força maior e do *hardship*, tais institutos devem ser interpretados com cautela no contexto peruano, em observância às normas imperativas do Código Civil, ao princípio do *pacta sunt servanda* e à estrutura dos remédios contratuais estabelecida pelo ordenamento jurídico nacional.

Palavras-chave: *hardship*; impraticabilidade comercial; contratos; risco contratual; *common law*; direito civil; inadimplemento contratual.

Recibido: 13/12/2025

Revisado: 17/12/2025

Aceptado: 6/5/2026

Publicado en línea: 30/6/2026

«rien n'est plus imminent que l'impossible,
et que ce qu'il faut toujours prévoir, c'est l'imprévu»¹.

VICTOR HUGO, *Les Misérables*

«a force majeure clause is not intended to buffer a party against the normal risks of a contract. A normal risk of a fixed price contract is that the market price will change. If it rises, the buyer gains at the expense of the seller [...]; if it falls, the seller gains at the expense of the buyer. The whole purpose of a fixed price contract is to allocate the risk in this way. A force majeure clause interpreted to excuse the buyer from the consequences of the risk expressly assumed would nullify a central term of the contract»².

RICHARD POSNER

1. INTRODUCCIÓN

La práctica contractual contemporánea evidencia una creciente incorporación de cláusulas y categorías desarrolladas en el ámbito del *common law* en contratos regidos por ordenamientos de tradición civilista. En particular, las cláusulas de fuerza mayor, *hardship* y la doctrina de la *commercial impracticability* han sido utilizadas como herramientas para afrontar alteraciones sobrevenidas de las circunstancias contractuales, lo que ha generado debates en torno a su alcance y a su adecuada comprensión en sistemas jurídicos distintos de aquellos en los que se originaron.

1 «Nada es más inminente que lo imposible y que lo que hay que tener siempre previsto es lo imprevisto».

2 «Una cláusula de fuerza mayor no pretende proteger a una parte contra los riesgos normales de un contrato. Un riesgo normal de un contrato de precio fijo es que el precio de mercado cambie. Si sube, el comprador gana a costa del vendedor [...]; si falla, el vendedor gana a expensas del comprador. Todo el propósito de un contrato de precio fijo es asignar el riesgo de esta manera. Una cláusula de fuerza mayor interpretada para excusar al comprador de las consecuencias del riesgo expresamente asumido anularía una cláusula central del contrato».

En este contexto, el problema que aborda el presente trabajo consiste en determinar cómo deben interpretarse e integrarse estas figuras foráneas en el derecho peruano sin desnaturalizar la estructura propia del sistema civilista, especialmente en lo relativo a la asignación del riesgo contractual y los remedios frente al incumplimiento.

Habida cuenta del carácter eminentemente foráneo de estas y, no obstante, se ha traducido en formas diversas³, es que he querido mantener el *nomen* «alieno» por dos razones: la primera, porque quise ser fiel a la autorizada doctrina que lo introdujo. Sobre el particular se sostiene:

las partes concluyen un contrato pensado y escrito sobre la base de un modelo diverso del derecho italiano (en este caso, peruano), es decir, un modelo de *common law*, en particular, un modelo estadounidense, no obstante, se indica como ley aplicable el derecho italiano (o, en este caso, peruano). (De Nova, 2011, p. 48)

Ello lleva como «producto» una suerte de «contrato alieno», en el sentido de *alius*, «otro, extranjero»; pero también *alien* y, por consiguiente «extraterrestre» (De Nova, 2011, p. 48). En segundo lugar, el término «alieno», aunque poco utilizado en la actualidad, lo podemos encontrar en el *Diccionario histórico de la lengua española* (1933-1936), para ser preciso en la página 440, y es definido como un adjetivo antiguo que significa «ajeno».

Desde el derecho comparado y el arbitraje internacional, estas figuras han sido objeto de atención doctrinal y jurisprudencial, especialmente en el derecho anglosajón. Dichos antecedentes permiten advertir que su aplicación no está exenta de dificultades conceptuales, en la medida en que su empleo suele asociarse a situaciones de afectación económica del contrato, contribuyendo a la confusión entre imposibilidad de la prestación y onerosidad sobrevenida.

3 Luciano Barchi Velaochaga (2024) prefiere traducirlo como «contrato ajeno» (p. 1613), mientras que Leysser León Hilario (2026) opta por «contrato de otro mundo» (p. 65).

En otra sede, ya había advertido el fenómeno de la influencia (¿o contaminación?) de cláusulas contractuales o figuras que, si bien pertenecen a una tradición jurídica diversa como la del *common law*, se están incorporando, consciente o inconscientemente, en los contratos domésticos (Espinoza, 2023, pp. 329-335). Esta constatación pone de relieve la necesidad de examinar con mayor detenimiento los criterios empleados para su recepción e interpretación en el ámbito del derecho nacional.

En ese sentido, la hipótesis que orienta este trabajo es que la incorporación acrítica de estas figuras genera distorsiones en la comprensión del riesgo contractual, particularmente al equiparar supuestos de imposibilidad con situaciones de mera onerosidad económica, lo que exige una interpretación restrictiva y sistemáticamente coherente con el derecho peruano.

Para abordar este problema, el presente estudio adopta un método dogmático y comparado, basado en el análisis de jurisprudencia relevante del *common law*, decisiones arbitrales internacionales y normas del derecho contractual transnacional, con especial atención a su recepción en el ordenamiento peruano.

En atención a ello, el propósito de este capítulo es constatar cómo se han aplicado e interpretado las cláusulas de fuerza mayor, *hardship* y la *commercial impracticability* en el ordenamiento nacional, evaluando los efectos de su incorporación sobre la asignación del riesgo contractual y el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes.

2. LA CLÁUSULA DE FUERZA MAYOR (*FORCE MAJEURE*)

La cláusula de «fuerza mayor» excluye la responsabilidad del deudor en presencia de eventos imprevisibles e inevitables que, haciendo imposible la prestación debida, alteran significativamente el equilibrio en conjunto de la relación contractual, de manera tal de imponer el inicio de un procedimiento dirigido a disponer la revisión o la extinción. Para tal efecto, esta describe una o varias situaciones de hecho en presencia de las cuales el deudor queda exonerado —temporal o definitivamente— de la obligación de cumplir, a través de un elenco de casos, a los cuales

ordinariamente se atribuye naturaleza ejemplificativa. La cláusula regula además las modalidades de comunicación del evento descrito, que debe ser tempestivamente informado a la contraparte, así como sus consecuencias frente a la relación contractual, a través de la imposición de una regla de renegociación que, frente a un fracaso, trae como consecuencia recurrir a la autoridad arbitral o la disolución de la relación por acto unilateral de cada contrayente (Venturelli, 2017a, pp. 1003-1004).

En la experiencia jurídica norteamericana, es de mencionar el caso InterPetrol Bermuda Limited («InterPetrol») con Kaiser Aluminum International Corporation («Kaiser»). Los hechos son los siguientes: Trako Energy Corporation («Trako»), un intermediario de petróleo y Occidental Crude Sales, Inc. («Oxy Crude»), un importante proveedor de petróleo crudo, celebraron un contrato para la venta a Trako de petróleo crudo pesado árabe para su envío desde el golfo Pérsico a Taiwán. Asimismo, Trako celebró un contrato con Chinese Petroleum Corporation (CPC) para refinar petróleo crudo en la refinería de CPC en Taiwán. A principios de mayo de 1979, Trako acordó vender cantidades específicas de productos refinados de petróleo a Kaiser, con entrega en Taiwán en la segunda mitad de junio. Trako informó a Kaiser que la fuente de suministro sería Oxy Crude. Inmediatamente después de organizar la compra a Trako, Kaiser celebró un contrato con InterPetrol, un comerciante internacional de petróleo al contado, para vender a InterPetrol los productos refinados de petróleo que Kaiser obtendría de Trako. InterPetrol debía recibir la entrega en la terminal de CPC en Taiwán, pero desconocía la fuente del crudo que CPC estaría refinando. El contrato se realizó oralmente y se confirmó por télex después de dos días de negociaciones. Precisamente, por esta vía se acordó la siguiente cláusula de fuerza mayor:

Tabla 1

Cláusula de fuerza mayor contenida en el contrato celebrado entre Kaiser Aluminum International Corporation e InterPetrol Bermuda Limited

Versión original	Versión traducida
The force majeure due to failure or delay of seller's suppliers of product and transportation shall terminate, upon notification by sellers that the vessel delivering crude to Taiwan has left loading port in the Persian Gulf which is advised to take place latter part of May. Otherwise only standard force majeure to apply.	«La fuerza mayor debido a la falla o retraso de los proveedores del producto y transporte del vendedor [énfasis añadido] terminará, previa notificación por parte de los vendedores de que el buque que entrega el crudo a Taiwán ha dejado el puerto de carga en el Golfo Pérsico, lo cual se informa que tendrá lugar a finales de mayo. De lo contrario, solo aplicará la fuerza mayor estándar».

El volátil mercado del petróleo experimentó un aumento dramático en los precios durante abril de 1979. Para aprovechar este mercado, Oxy Crude buscó liberarse de su contrato con Trako para suministrar crudo para el acuerdo Trako/Kaiser/InterPetrol. El 9 de mayo de 1979, Trako y Oxy Crude ejecutaron una liberación de su contrato de venta. Oxy Crude luego revendió el petróleo crudo originalmente destinado a ser refinado y entregado a Kaiser. Según los términos del acuerdo de liberación entre Oxy Crude y Trako, Oxy Crude pagó a Trako la mitad de las ganancias de la reventa del petróleo. Los dos se repartieron aproximadamente 6.5 millones de dólares. Posteriormente, Kaiser invocó la cláusula de fuerza mayor en su contrato con InterPetrol para excusar su propio incumplimiento debido a la pérdida de su suministro de petróleo... y ahí comenzaron los problemas.

Ante la demanda de InterPetrol para que no se aplique la cláusula de fuerza mayor económica (que liberaba de responsabilidad a Kaiser) y, por consiguiente, se imponga la fuerza mayor *estándar* (o no económica), la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Noveno Circuito, en decisión del 1 de noviembre de 1983, modificada el 27 de enero de 1984, sostuvo:

Un resumen de las negociaciones es solo ligeramente útil para interpretar la cláusula. El 7 de mayo de 1979, después de discusiones preliminares, Kaiser envió a InterPetrol un télex aceptando la oferta de InterPetrol de comprar varios productos refinados de petróleo. La aceptación de Kaiser estaba condicionada al acuerdo de su cláusula de fuerza mayor normal, «cubriendo actos más allá del control de cualquiera de las partes, incluido el fallo o retraso del proveedor de producto y transporte del vendedor». Todas las partes están de acuerdo en que, según la propuesta inicial de Kaiser, Kaiser habría sido excusado de cumplir si el suministro de petróleo crudo fallaba por cualquier razón, incluida la desviación por parte del proveedor de Kaiser a otro comprador por un precio más alto. Ambas partes también están de acuerdo en que InterPetrol protestó inicialmente la amplitud de la propuesta de fuerza mayor económica de Kaiser. Ambas partes también están de acuerdo en que se llegó a un compromiso. Es la naturaleza del compromiso lo que está en disputa.

[...]

La conclusión del tribunal de distrito, y la nuestra, está respaldada por la regla general de que las cuestiones de interpretación de contratos se resolverán en contra de la parte que preparó el escrito. Véase *Haas & Haynie Corp.*, 577 F.2d en 574. Donde, después de examinar toda la evidencia, incluido el curso de las relaciones entre las partes y las circunstancias bajo las cuales ejecutaron el contrato, queda una cuestión de interpretación del contrato, un tribunal tiene derecho a resolver la cuestión en contra de la parte que preparó un escrito. *United States ex rel. Yardley Drilling Co. v. Erickson Paving Co.*, 465 F.2d 396, 400 (9th Cir. 1972). Aunque este fue un contrato oral, la cláusula de fuerza mayor fue memorializada en un télex escrito. El tribunal de distrito no erró al concluir que la cláusula de fuerza mayor acordada por las partes tenía la intención de excusar a Kaiser si su proveedor no entregaba por cualquier razón hasta el momento en que el crudo llegara al buque en el Golfo Pérsico, con fuerza mayor no económica gobernando a partir de ese momento.

[...]

No vemos ninguna razón para crear ahora un derecho que no ha sido reconocido por el derecho común. Hay cierta sabiduría económica en permitir que un vendedor, consistente con las disposiciones limitantes del Código Comercial Uniforme (U. C. C.), contrate fuera de la responsabilidad. En un mercado mayorista relativamente libre y fluido, un vendedor debería tener derecho a utilizar el poder de su posición para contratar en su mejor ventaja. Eso podría incluir, como aquí, la extracción de una cláusula de fuerza mayor de un comprador. Si el proveedor del vendedor no puede, debido a las fuerzas del mercado, requerir una disposición similar en el acuerdo entre el vendedor y el proveedor, el resultado es que el vendedor es excusado pero el proveedor no [...]. Cuando un comerciante puede negociar condiciones tan favorables, la tendencia natural será que los comerciantes en las posiciones menos favorables de comprador y proveedor se muevan a la parte menos competitiva y, por lo tanto, más contractualmente segura del mercado.

[...]

Las cláusulas de fuerza mayor están, por supuesto, limitadas por aquellas secciones del Código que prohíben acuerdos que son manifiestamente irrazonables, de mala fe o inconcebibles. Véanse las secciones 1-102(c), 1-203 y 2-302. Véase también *Eastern Airlines*, 532 F.2d en 991 n. 96; *Transatlantic Financing Corp. v. United States*, 363 F.2d 312, 315 n. 3 (D.C. Cir. 1966).

[...]

Nuestra decisión se basa en parte en el hecho de que Kaiser e InterPetrol estaban en posiciones relativamente similares en el mercado del petróleo. No hemos considerado circunstancias que involucren comerciantes de diferentes niveles en la jerarquía de la red de distribución de petróleo. También notamos que InterPetrol no estaba obligado con otros compradores a entregar el petróleo que esperaba obtener de Kaiser. (Caso *InterPetrol Bermuda Limited vs. Kaiser Aluminum International Corporation*, 27 de enero de 1984)

Entonces, resulta válido interpretar que, de acuerdo con este caso, las denominadas cláusulas de fuerza mayor económicas pueden tener un radio de comprensión más amplio que la fuerza mayor estándar, de tal manera que se pueden ensanchar las posibilidades de falta de responsabilidad del deudor por incumplimiento de sus obligaciones. Ello siempre y cuando nos encontremos frente a dos contratantes que son agentes con posiciones económicas similares y que no se trate de acuerdos manifiestamente irrazonables, de mala fe o inconcebibles.

La Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Quinto Circuito-729 F.2d 1530 (5.º Cir. 1984) del 23 de abril de 1984, en el caso *Nissho-iwai Co., Ltd., v. Occidental Crude Sales, Inc.*, entre otros extremos, también interpretó la siguiente cláusula de fuerza mayor, siempre en materia petrolera:

Tabla 2
Interpretación de la cláusula de fuerza mayor por la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Quinto Circuito de 1984 en el caso Nissho-iwai Co., Ltd., vs. Occidental Crude Sales, Inc.

Versión original	Versión traducida
Neither party shall be liable for ... loss, damage, claims or demands of any nature whatsoever due to delays or defaults in performance ... caused by impairment in any manner of [Occidental's] crude oil supply, ... [by] executive or administrative orders or acts ... of any ... government, [by] breakdown or injury to ... producing ... or delivering facilities, ... [by] imposition of restrictions ... by any ... government, ... or by any other event, whether or not similar to the causes specified above ..., which shall not be reasonably within the control of the party against whom the claim would otherwise be made. (Caso Nissho-iwai Co., Ltd., vs. Occidental Crude Sales, Inc., 23 de abril de 1984)	«Ninguna de las partes será responsable de... pérdida, daño, reclamaciones o demandas de cualquier naturaleza debido a retrasos o incumplimientos en el rendimiento... causado por deterioro en cualquier forma de suministro de petróleo crudo [Occidental],... [por] órdenes o actos ejecutivos o administrativos... de cualquier... gobierno, [por] avería o daño a... producir... o entregar instalaciones,... [por] imposición de restricciones... por cualquier... gobierno,... o por cualquier otro evento, sea o no similar a las causas especificadas anteriormente..., que <i>no estará razonablemente bajo el control de la parte contra la cual se haría la reclamación de otra manera</i> [énfasis añadido]».

Respecto del «control razonable» se afirmó:

El término «control razonable» ha llegado a incluir dos nociones relacionadas. Primero, una parte puede no causar afirmativamente el evento que impide su actuación. La razón detrás de este requisito es obvia. Si un contratista fuera capaz de escapar de sus responsabilidades simplemente haciendo que ocurriera un evento de excusión, no tendría una «obligación efectiva de realizar». Véase Squillante y Congalton, *supra*, a las 4; 2 Anderson, Uniform Commercial Code Sec. 2-615:17 (1972).

El segundo aspecto del control razonable es más sutil. Algunos tribunales no permitirán que una parte confíe en un evento de excusa si podría haber tomado medidas razonables para evitarlo. Ver *Oosten v. Unión de Empleados y Ayudantes Lácteos de Hay Haulers* 45 Cal. 2d 784291 P.2d 17, 20-21 (1955); 6 Corbin on Contracts, Sec. 1342, at 328; Anderson, *supra*. La razón detrás de este requisito es que la fuerza mayor en realidad no impidió el rendimiento si una parte podría haber evitado razonablemente que el evento ocurriera. La parte ha impedido el desempeño y, una vez más, violó su obligación de buena fe de realizar al no ejercer una diligencia razonable. Véase *Oosten*, *supra* a las 21.

La Corte Suprema de California ha leído en disposiciones contractuales de fuerza mayor ambos aspectos de «control razonable»-buena fe en no causar el evento de excusión y diligencia en tomar medidas razonables para garantizar el desempeño. (Caso *Nissho-iwai Co., Ltd., vs. Occidental Crude Sales, Inc.*, 23 de abril de 1984)

Occidental pretendía acogerse a la cláusula de fuerza mayor argumentando que el embargo decretado por el Gobierno libio y la ruptura de una tubería escapaban de su «control razonable». Sin embargo, la Corte entendió que

Está claro que Occidental estaba al tanto del embargo amenazado y podría haberlo evitado pagando \$117 millones. Esta suma en sí

misma no era irrazonable, ya que toda la cifra representaba impuestos atrasados, regalías y costos del petróleo que Occidental ya debía al Gobierno libio. Por supuesto, incluso si Occidental hubiera pagado esta suma y evitado el embargo, todavía habría enfrentado restricciones de producción. Sin embargo, un jurado razonable podría haber encontrado que Occidental podría recuperar mediante arbitraje o liquidación cualquier pérdida que pudiera resultar de las restricciones. La empresa ya había iniciado procedimientos de arbitraje contra el Gobierno de Libia; y, en diciembre, pudo llegar a un acuerdo. Sin duda, los pagos retenidos y el embargo resultante fueron factores que produjeron ese acuerdo. Sin embargo, eso no quiere decir que no se habría llegado a un acuerdo en ausencia de un embargo. En el pasado, Occidental había podido convencer al Gobierno de que retrocediera de las restricciones de producción. Un jurado razonable podría haber encontrado que Occidental habría podido negociar nuevamente un acuerdo razonable, particularmente dada la amenaza de los procedimientos de arbitraje.

Del mismo modo, había pruebas suficientes para apoyar la opinión de que Occidental tenía un control razonable sobre las averías de las tuberías. Durante 1975 y 1976, Occidental realizó numerosas reparaciones en la tubería que conducía desde la Concesión 102 a Zueitina. En octubre de 1975, Occidental comenzó a reparar y desconectó una sección de la línea. La línea permaneció cortada hasta después de que el embargo terminó en diciembre. Hubo testimonio de que Occidental dejó la línea desconectada porque no quería gastar dinero para reparaciones hasta después de haber resuelto su disputa con Libia. Transcripción de prueba en 581. Cuando la línea se volvió a conectar, Occidental descubrió que estaba obstruida con arena. Un jurado razonable podría haber encontrado que el bloqueo de la línea o la falta de descubrimiento del bloqueo anterior fue causado por el retraso de Occidental en la reparación y reconexión de la línea. La evidencia apoyó un hallazgo de que la ruptura de la tubería estaba dentro del control razonable de Occidental. (Caso Nissho-iwai Co., Ltd., vs. Occidental Crude Sales, Inc., 23 de abril de 1984)

De este caso, podemos inferir que, no obstante se puedan acreditar hechos que impidan el cumplimiento de la obligación, el deudor deberá probar también que dichos hechos escaparon de su posibilidad objetiva de control, o en términos del *common law*, parámetro de la razonabilidad.

En materia de redacción de la cláusula de fuerza mayor hay que tener mucho cuidado en el uso de disyunciones y conjunciones. Dicho en palabras simples: saber dónde se debe poner una «y» en vez de una «o». El caso es el siguiente: el 3 de mayo de 1983, Shell Oil Company y PPG Industries celebraron un contrato para la venta de etileno por parte de Shell a PPG. El 5 de mayo de 1988 se produjo una explosión en la refinería de petróleo de Shell en Norco, Luisiana. Como consecuencia de dicha explosión, Shell redujo la cantidad de etileno que entregaba a PPG. Posteriormente, el 2 de mayo de 1989, PPG interpuso una demanda contra Shell y otro. PPG alega que Shell incumplió su contrato al no entregar las cantidades especificadas de etileno tras la explosión de Norco. PPG, por su lado, invocó la siguiente cláusula:

Tabla 3
Cláusula invocada por PPG Industries del contrato celebrado entre Shell Oil Company y PPG

Versión original	Versión traducida
EXCUSES FOR NONPERFORMANCE Either Seller or Buyer will be excused from the obligations of this Contract to the extent that performance is delayed or prevented by any circumstances (except financial) reasonably beyond its control or by fire, explosion, mechanical breakdown, strikes or other labor trouble, plant shutdown, unavailability of raw materials or unavailability of or interference with the usual means of transporting the Product or compliance with any law, regulation, order, recommendation, or request of any governmental authority. If, because of such circumstances, there should be a shortage of Product from any of Seller's sources, Seller will not be	«EXCUSAS POR INCUMPLIMIENTO Tanto el Vendedor como el Comprador estarán exentos de las obligaciones de este Contrato en la medida en que el cumplimiento se vea retrasado o impedido por cualquier circunstancia (excepto financiera) <i>razonablemente fuera de su control o por incendio, explosión</i> [énfasis añadido], avería mecánica, huelgas u otros problemas laborales, cierre de la planta, indisponibilidad de materias primas o indisponibilidad o interferencia con los medios habituales de transporte del Producto o cumplimiento de cualquier ley, reglamento, orden, recomendación o solicitud de cualquier autoridad gubernamental. Si, debido a dichas

obligated to purchase Product in order to perform this Contract and may apportion its available Product among all its contract customers and its own internal uses in such manner as Seller finds fair and reasonable, PROVIDED, however, that Seller will not be obligated to apportion or otherwise make available to Buyer Product which Seller obtains by purchase for its own internal uses. Quantities of Product consequently undelivered will be deducted from the applicable remaining quantity obligation unless the parties agree otherwise.

circunstancias, se produjera una escasez de Producto de cualquiera de las fuentes del Vendedor, el Vendedor no estará obligado a comprar el Producto para cumplir este Contrato y podrá repartir su Producto disponible entre todos sus clientes contractuales y sus propios usos internos de la forma que el Vendedor considere justa y razonable, SIEMPRE Y CUANDO el Vendedor no esté obligado a repartir o poner a disposición del Comprador el Producto que obtenga mediante compra para sus propios usos internos. Las cantidades de Producto no entregadas en consecuencia se deducirán de la obligación de cantidad restante aplicable a menos que las partes acuerden lo contrario».

El Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, E. D. Louisiana, en decisión del 18 de diciembre de 1989, dispuso:

No existe una cuestión de hecho sustancial genuina con respecto al lenguaje claro del contrato. Como cuestión de derecho, el contrato es inequívoco. «O» es disyuntivo y, por lo tanto, Shell queda exculpada en virtud de la Sección 8 del contrato, debido a la explosión, independientemente de si esta se encontraba «razonablemente fuera de su control». Véase *Eastern Airlines, Inc. contra McDonnell Douglas Corp.*, 532 F.2d 957, 992 (5.º Cir. 1976). Este no es un resultado absurdo, como sugiere PPG, ya que, desde el punto de vista comercial, no tendría sentido que Shell hiciera estallar intencionalmente su propia refinería para evitar el suministro de etileno a PPG. De hecho, no tendría sentido comercial que Shell incurriera intencionalmente en ninguna de las contingencias enumeradas en la Sección 8 del contrato. (Caso *Shell Oil Company vs. PPG Industries*, 18 de diciembre de 1989)

De este caso se desprende que la redacción de las cláusulas de fuerza mayor no es una cuestión meramente estilística, sino decisiva para la

delimitación del riesgo contractual asumido por las partes. En efecto, el uso de la disyunción «o» permitió al tribunal interpretar que bastaba la ocurrencia de uno de los eventos enumerados, como la explosión, para exonerar de responsabilidad, sin necesidad de acreditar adicionalmente que dicho evento estuviera fuera del control razonable de la parte. Ello evidencia que una redacción amplia puede expandir significativamente el ámbito de exoneración, alterando el equilibrio contractual originalmente previsto.

En el *common law* inglés, en el caso Tandrin Aviation Holdings Limited con Aero Toy Store LLC. (ATS) e Insured Aircraft Title Service, Inc., la Royal Courts of Justice, con decisión del 19 de enero de 2010, afirmó enfáticamente:

ATS no ha demostrado que, como cuestión de principio, las circunstancias económicas extremas puedan dar lugar a fuerza mayor en el contexto de una cláusula como cl.7.17. Sostengo que ATS no tiene ninguna perspectiva real de establecer que cl.7.17 debe interpretarse como afirma ATS o que, como cuestión de derecho, es discutible que las circunstancias alegadas por ATS pueden dar lugar a fuerza mayor bajo cl.7.17. (Caso Tandrin Aviation Holdings Limited con Aero Toy Store LLC. [ATS] e Insured Aircraft Title Service, Inc., 19 de enero de 2010)

La cláusula en cuestión establecía lo siguiente:

Tabla 4
Cláusula 7.17 alegada por Aero Toy Store LLC, del contrato celebrado entre Tandrin Aviation Holdings Limited y Aero Toy Store LLC

Versión original	Versión traducida
Force Majeure. Neither party shall be liable to the other as a result of any failure of, or delay in the performance of, its obligations hereunder, for the period that such failure or delay is due to: Acts of God or the public enemy; war, insurrection or riots; fires; governmental actions; strikes	«Fuerza Mayor. Ninguna de las partes será responsable ante la otra como resultado de cualquier incumplimiento o retraso en el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del presente contrato, por el período en que dicho fracaso o retraso se deba a: Actos de Dios o el enemigo

or labor disputes; inability to obtain aircraft materials, accessories, equipment or parts from vendors; or any other cause beyond Seller's reasonable control. Upon the occurrence of any such event, the time required for performance by such party of its obligations arising under this Agreement, shall be extended by a period equal to the duration of such event.

público; guerra, insurrección o disturbios; incendios; acciones gubernamentales; huelgas o disputas laborales; incapacidad para obtener materiales, accesorios, equipos o piezas de aviones de los vendedores; y o cualquier otra causa más allá del control razonable del Vendedor. Tras la ocurrencia de tal evento, el tiempo requerido para el desempeño por dicha parte de sus obligaciones derivadas de este Acuerdo, se extenderá por un período igual a la duración de dicho evento».

El principio que se puede recabar de este caso es que las circunstancias económicas extremas no configuran fuerza mayor. En el mismo sentido, en el *common law* norteamericano, es de mencionarse el caso Cessna Finance Corporation (Cessna), una corporación estadounidense, con Gulf Jet LLC (Gulf Jet), una corporación con sede en Dubái y otros. Cessna alegó que Gulf Jet incumplió con sus obligaciones de pago conforme a los contratos de arrendamiento suscritos, lo que llevó eventualmente a la recuperación y reventa de las aeronaves por parte de Cessna, de conformidad con los términos acordados. Cessna ha afirmado que, tras la venta de las dos aeronaves, aún queda un saldo pendiente significativo a cargo de Gulf Jet.

Gulf Jet, por su parte, argumentó que fue la «parte débil» en las negociaciones de los contratos, sin oportunidad de negociar, y que estos eran contratos de adhesión; que si bien la economía de Dubái era robusta en 2007, en 2008 sufrió una grave crisis económica; que debido al deterioro económico no pudo seguir pagando desde noviembre de 2009, pese a actuar de buena fe y que, en junio de 2010, devolvió las aeronaves a Cessna de buena fe creyendo que con ello se cerraba el trato.

Pequeño detalle: los contratos y las garantías acordados disponen expresamente que la fuerza mayor no es excusa para el incumplimiento. En efecto, el párrafo 15 de cada contrato establecía lo siguiente:

Tabla 5

Párrafo 15 del contrato celebrado entre Cessna Finance Corporation y Gulf Jet LLC

Versión original	Versión traducida
Lessee acknowledges and agrees that its obligation to pay any sums due to OWNER hereunder shall not be discharged, diminished or otherwise affected by any force majeure, and shall not be deemed paid unless and until such sums are actually and fully received by OWNER in United States dollars in the United States.	«El Arrendatario reconoce y acepta que su obligación de pagar cualquier suma adeudada al PROPIETARIO en virtud del presente contrato <i>no se extinguirá, reducirá ni se verá afectada de otra forma por cualquier fuerza mayor</i> [énfasis añadido], y no se considerará pagada a menos y hasta que dichas sumas sean realmente y totalmente recibidas por el PROPIETARIO en dólares estadounidenses en Estados Unidos».

En atención a ello, en el laudo administrado por la Cámara de Comercio Internacional, del 17 de enero de 2014, se decidió lo siguiente:

136.

Cuarto, incluso si existiera una cláusula de fuerza mayor en los Contratos, la aplicación de la ley de Kansas probablemente impediría la extensión de cualquier estándar para incluir riesgos de cambios en condiciones económicas o de mercado del tipo descrito y alegado por Gulf Jet. En su Memorial, párrafo 65, el Demandante identificó los principios aplicables bajo la ley de Kansas y afirmó que «un cambio en condiciones económicas o de mercado no se considera fuerza mayor». Los casos citados por el Demandante apoyan esa conclusión y dos merecen especial consideración. En *Kansas Municipal Gas Agency v. Vesta Energy Company, Inc.* 1994 WL171566 (D.Kan.), copias del cual fueron proporcionadas por el Demandante a las partes y al Tribunal, el Tribunal de Kansas determinó que *el alcance de una fuerza mayor es, en primera instancia, una cuestión de interpretación contractual de los eventos específicos acordados por las partes como fuera del control de una parte y que pueden hacer imposible el cumplimiento o excusar el incumplimiento* [énfasis añadido]. En ese caso, el Tribunal consideraba un contrato

de suministro de gas y concluyó que una cláusula de fuerza mayor no incluiría ni se interpretaría para incluir razones económicas como evento de fuerza mayor para justificar la falta de suministro. Esto es relevante para el argumento de Gulf Jet por varias razones. En jurisdicciones de common law como Kansas, y en contraste con las de código civil como los Emiratos Árabes Unidos donde la fuerza mayor está regulada en el código civil, la amplitud de la fuerza mayor es una cuestión de interpretación contractual para interpretar el alcance de las palabras y eventos acordados por las partes. Aquí, por supuesto, *no existía cláusula de fuerza mayor y el principio fue expresamente excluido por las partes en los Contratos*. En segundo lugar, bajo la ley de Kansas, *una cláusula de fuerza mayor acordada por las partes normalmente se interpretará de manera que no se extienda a razones puramente económicas para justificar o excusar el incumplimiento de obligaciones* [énfasis añadido]. La justificación de este enfoque se demuestra claramente en el caso *United States v. Panhandle Eastern Corp.*, 693 F.Supp. 88 en 98 (Delaware D., 1988), copias del cual fueron entregadas por el Demandante a las partes y al Tribunal. Al interpretar la cláusula de fuerza mayor en ese caso, el tribunal señaló que la cláusula no «establecía expresamente que condiciones económicas o de mercado muy adversas pudieran constituir fuerza mayor». La cláusula se interpretó de forma más restrictiva para aplicarse a ciertas instalaciones físicas que afectan el cumplimiento. En esta interpretación, el tribunal se basó en la decisión del juez Posner, un jurista estadounidense muy respetado, en el caso *Northern Indiana Public Service Co. v. Carbon County Coal Co.*, 799 F.2d 265 (7th Cir 1986), donde el juez Posner comentó sobre las cláusulas de fuerza mayor lo siguiente: «Una cláusula de fuerza mayor no pretende proteger a una parte contra los riesgos normales de un contrato. El riesgo normal de un contrato a precio fijo es que el precio de mercado cambie. Si sube, el comprador gana a expensas del vendedor (excepto en la medida en que las cláusulas de escalamiento protejan al vendedor); si baja, como aquí, el vendedor gana a expensas del comprador. El propósito completo de un contrato a precio fijo es asignar riesgos de esta manera. Una

cláusula de fuerza mayor interpretada para excusar al comprador de las consecuencias del riesgo que asumió expresamente anularía una condición central del contrato». Como se señala en el caso *Panhandle Eastern*, cuando una parte apuesta por el estado de ciertas condiciones del mercado o económicas y esa apuesta falla, el resultado no es fuerza mayor. *Se requeriría un lenguaje claro y expreso para considerar tales circunstancias como un evento de fuerza mayor* [énfasis añadido].

137.

En este caso, Gulf Jet asumió los riesgos comerciales normales de operar un negocio de alquiler de jets ejecutivos [énfasis añadido] y el riesgo de poder generar ingresos de manera constante en su negocio, incluyendo el riesgo de que una recesión económica pudiera afectar ese negocio y la capacidad financiera para continuar pagando las Rentas Mensuales Regulares bajo los Contratos de Arrendamiento. *Cessna no asumió ese riesgo* [énfasis añadido]. De hecho, Cessna no asumió riesgos asociados con una cláusula de fuerza mayor, ya que no se incluyó tal cláusula en los Contratos de Arrendamiento. No puede implicarse una cláusula de esa naturaleza conforme a la ley de Kansas, ya que la fuerza mayor fue expresamente excluida. Por lo tanto, conforme a la ley de Kansas, Gulf Jet y Al Mulla no pueden exitosamente alegar la defensa de dificultad económica o fuerza mayor. Gulf Jet sigue siendo responsable por el incumplimiento de los Contratos de Arrendamiento debido al impago de las Rentas Mensuales Regulares, como se ha discutido anteriormente. (Laudo Arbitral de Caso Cessna Finance vs. Gulf Jet LLC, 17 de enero de 2014)

En este particular caso, no obstante, el deudor acordó asumir la responsabilidad por incumplimiento, aunque se hubiera configurado la fuerza mayor, el árbitro concluyó, con razón, que un cambio en condiciones económicas o de mercado no se considera fuerza mayor. Esta decisión fue confirmada por la District Court del Southern District de New York el 26 de enero de 2025.

Asimismo, en el 2020, la Cámara Internacional de Comercio dio a conocer la nueva fórmula de la cláusula de fuerza mayor (forma extensa)⁴, la cual transcribo:

4 También se cuenta con una forma abreviada:

1. «Fuerza mayor» significa la producción de un hecho o circunstancia que imposibilita o impide que una parte cumpla una o más de sus obligaciones contractuales de acuerdo con el contrato, en la medida en que esa parte pruebe: [a] que dicho impedimento está fuera de su control razonable; [b] que no podría haberse previsto razonablemente en el momento de la celebración del contrato; y [c] que los efectos del impedimento no podrían razonablemente haber sido evitados o superados por la parte afectada.
2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que los siguientes hechos que afecten a una parte cumplen las condiciones (a) y (b) del apartado 1 de esta Cláusula: (i) guerra (ya esté declarada o no), hostilidades, invasión, actos de enemigos extranjeros, amplia movilización militar; (ii) guerra civil, disturbios, rebelión y revolución, usurpación —militar o no— del poder, insurrección, actos de terrorismo, sabotaje o piratería; (iii) restricciones monetarias y comerciales, embargo, sanción; (iv) acto de una autoridad pública, ya sea legal o ilegal, cumplimiento de cualquier ley u orden gubernamental, expropiación, ocupación de obras, requisita, nacionalización; (v) plaga, epidemia, desastre natural o evento natural extremo; (vi) explosión, incendio, destrucción de equipos, interrupción prolongada del transporte, telecomunicaciones, sistemas de información o energía; (vii) disturbios laborales generales tales como boicot, huelga y cierre patronal, huelga de celo, ocupación de fábricas y locales.
3. La parte que invoque con éxito esta Cláusula quedará eximida de su deber de cumplir sus obligaciones en virtud del Contrato y de cualquier responsabilidad por daños y perjuicios o de cualquier otra penalización contractual por incumplimiento del contrato, desde el momento en que el impedimento haya provocado la incapacidad para cumplirlo, siempre que preavise de ello sin demora. Si la notificación no se efectúa sin demora, la exención de responsabilidad será efectiva desde el momento en que la notificación llegue a la otra parte. Cuando el efecto del impedimento o hecho invocado sea temporal, las consecuencias mencionadas se aplicarán solo mientras el impedimento invocado impida el cumplimiento por la parte afectada de sus obligaciones contractuales. Cuando la duración del impedimento invocado tenga el efecto de privar sustancialmente a las partes contratantes de lo que razonablemente tenían derecho a esperar en virtud del contrato, cualquiera de las partes tendrá derecho a resolver el contrato mediante una notificación dirigida a la otra parte con un preaviso razonable. Salvo acuerdo en contrario, las partes acuerdan expresamente que el contrato podrá ser resuelto por cualquiera de ellas si la duración del impedimento excede de 120 días.

CLÁUSULA DE FUERZA MAYOR ICC 2020

1. **Definición.** «Fuerza mayor» significa la producción de un hecho o circunstancia («Caso de Fuerza Mayor») que imposibilita o impide que una parte cumpla una o más de sus obligaciones contractuales de acuerdo con el contrato, en la medida en que la parte afectada por el impedimento («la Parte Afectada») pruebe:
 - a) que dicho impedimento está fuera de su control razonable;
 - b) que no podría haberse previsto razonablemente en el momento de la celebración del contrato; y
 - c) que los efectos del impedimento no podrían razonablemente haber sido evitados o superados por la Parte Afectada.
2. **Incumplimiento por parte de terceros.** Cuando una parte contratante incumpla una o varias de sus obligaciones contractuales a causa del incumplimiento de un tercero que se ha comprometido a ejecutar total o parcialmente el contrato, la parte contratante podrá invocar la Fuerza Mayor solo en la medida en que los requisitos del apartado 1 de esta Cláusula se cumplan tanto para la parte contratante como para el tercero.
3. **Casos Presuntos de Fuerza Mayor.** Salvo prueba en contrario, se presumirá que los siguientes hechos que afecten a una parte cumplen las condiciones (a) y (b) del apartado 1 de esta Cláusula, y la Parte Afectada solo necesitará probar que se cumple la condición (c) del apartado 1:
 - a) guerra (ya esté declarada o no), hostilidades, invasión, actos de enemigos extranjeros, amplia movilización militar;
 - b) guerra civil, disturbios, rebelión y revolución, usurpación —militar o no— del poder, insurrección, actos de terrorismo, sabotaje o piratería;
 - c) restricciones monetarias y comerciales, embargo, sanción;
 - d) acto de una autoridad pública, ya sea legal o ilegal, cumplimiento de cualquier ley u orden gubernamental, expropiación, ocupación de obras, requisita, nacionalización;
 - e) plaga, epidemia, desastre o evento natural extremo;

- f) explosión, incendio, destrucción de equipos, interrupción prolongada del transporte, telecomunicaciones, sistemas de información o energía;
 - g) disturbios laborales generales tales como boicot, huelga y cierre patronal, huelga de celo, ocupación de fábricas y locales.
4. **Notificación.** La Parte Afectada deberá notificar el hecho sin demora a la otra parte.
 5. **Consecuencias de la Fuerza Mayor.** La parte que invoque con éxito esta Cláusula quedará eximida de su deber de cumplir sus obligaciones en virtud del Contrato y de cualquier responsabilidad por daños y perjuicios o de cualquier otra penalización contractual por incumplimiento del contrato, desde el momento en que el impedimento haya provocado la incapacidad para cumplirlo, siempre que se notifique de ello sin demora. Si la notificación no se efectúa sin demora, la exención de responsabilidad será efectiva desde el momento en que la notificación llegue a la otra parte. La otra parte podrá suspender el cumplimiento de sus obligaciones, si procede, a partir de la fecha de la notificación.
 6. **Impedimento temporal.** Cuando el efecto del impedimento o hecho invocado sea temporal, las consecuencias establecidas en el apartado 5 anterior se aplicarán solo mientras el impedimento invocado impida el cumplimiento por la Parte Afectada de sus obligaciones contractuales. La Parte Afectada deberá notificar a la otra parte la desaparición del impedimento tan pronto como este deje de obstaculizar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.
 7. **Deber de limitar los efectos.** La Parte Afectada tiene la obligación de tomar todas las medidas razonables para limitar el efecto del hecho impeditivo invocado y relativo al cumplimiento del contrato.
 8. **Resolución del contrato.** Cuando la duración del impedimento invocado tenga el efecto de privar sustancialmente a las partes

contratantes de lo que razonablemente tenían derecho a esperar en virtud del contrato, cualquiera de las partes tendrá derecho a resolver el contrato mediante una notificación dirigida a la otra parte con un preaviso razonable. Salvo acuerdo en contrario, las partes acuerdan expresamente que el contrato podrá ser resuelto por cualquiera de ellas si la duración del impedimento excede de 120 días.

- 9. Enriquecimiento injusto.** Cuando resulte de aplicación el apartado 8 anterior, si cualquiera de las partes contratantes, debido a cualquier actuación de la otra parte contratante en la ejecución del contrato, ha obtenido una prestación antes de la resolución del contrato, la parte que haya obtenido dicha prestación deberá pagar a la otra parte una cantidad de dinero equivalente al valor de dicha prestación. (Internacional Chamber of Commerce Force Majeure And Hardship Clauses, 2020, pp. 1-3)

La nota característica de esta lista de supuestos es que se trata de presunciones *iuris tantum* establecidas contractualmente, que implican que el deudor está exonerado de demostrar el carácter sobreviniente e imprevisible del evento efectivamente realizado, cuando este coincida con aquellos indicados en el pacto, imponiendo al acreedor la prueba contraria. Es el acreedor el que debe acreditar que el evento invocado por el deudor está vinculado causalmente a la conducta de este. Esta fórmula implica una modificación convencional a las reglas dedicadas a la prueba (Venturelli, 2017a, pp. 1014-1015)⁵.

3. LA CLÁUSULA DE *HARDSHIP*

La cláusula de *hardship* confiere al deudor llamado a cumplir una prestación que se ha convertido en antieconómica, a causa de eventos excepcionales ajenos a su control, el derecho de suspender el cumplimiento y pretender de la contraparte una revisión de los términos del acuerdo

5 A propósito de la fórmula empleada en la versión del 2003, plenamente aplicable a la nueva.

(Venturelli, 2017b, p. 1035). Se sostiene que son *cláusulas contra la adversidad*, que expresan la necesidad de afrontar las dificultades y lograr la ejecución de la prestación asumida dentro del contrato (Aceto Di Capriglia, 2023, p. 768).

No obstante, esta figura se puede reconducir a la excesiva onerosidad de la prestación, esta cláusula tiene una regla distinta a la establecida en el artículo 1440 C. C.⁶, en el extremo que prevé *in primis* el recurso a la renegociación. En efecto, se trata de una exclusión o limitación convencional de responsabilidad contractual, porque impide la calificación en términos de incumplimiento por la omisión o cumplimiento inexacto de una prestación que es materialmente posible (Venturelli, 2017b, p. 1045).

Lo primero que debe tenerse presente es que, en el entendimiento del *civil law*, la excesiva onerosidad de la prestación tiene connotaciones distintas a la fuerza mayor. Dicho en otras palabras, los supuestos contenidos en los artículos 1440 C. C. y 1315 C. C. son de distinta naturaleza, con distintos remedios: la fuerza mayor genera la imposibilidad de la prestación por causa no imputable al deudor; en la excesiva onerosidad de la prestación, se puede cumplir con esta, pero resulta gravosa y, por ello, antieconómica para el deudor.

El cambio de las condiciones económicas genera el derecho a solicitar la renegociación del contrato y, si ello no es posible, resolver el contrato o, en todo caso, recurrir al juez o a arbitraje. En el caso *Georgia Power Company con Cimarron Coal Corporation*, el Sexto Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, en decisión del 9 de diciembre de 1975, afirmó:

6 Que regula lo siguiente:

En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

Cuando las partes de un contrato prevén la posibilidad de un cambio en las circunstancias que podría requerir la modificación de los términos contractuales y prevén la modificación por consentimiento mutuo, y luego no pueden llegar a un acuerdo sobre dicha modificación, la disputa resultante está sujeta a una disposición de arbitraje amplia como la que figura en el Acuerdo que ahora está ante el tribunal. El hecho de que las partes contratantes acuerden en términos generales el arbitraje de controversias indica la determinación de que sus intereses se verán mejor atendidos mediante el arbitraje que recurriendo a los tribunales si surgen problemas. La naturaleza de la controversia que surja posteriormente es irrelevante. Como escribió el juez Learned Hand en *Shanferoke Coal & Supply Corp. v. Westchester Service Corp.*, 70 F.2d 297, 299 (2d Cir. 1934); afirmó: 293 US 449, 55 S. Ct. 313, 79 L. Ed. 583 (1935): «Si la cláusula es general en su forma, no importa lo que pueda suceder después de ella». (Caso Georgia Power Company con Cimarron Coal Corporation, 9 de diciembre de 1975)

Otro caso: en 1973, para asegurarse contra la escasez de gas natural, KN Energy, Inc., una compañía de gasoductos interestatales, firmó un contrato de compra de gas (el Contrato de 1973) con Midlands Gas Corporation, filial al 100 % de KN. En 1975, se modificó el Contrato de 1973. A cambio de añadir 123 000 acres al yacimiento originalmente dedicado, McMoRan Oil and Gas Company y su empresa matriz, FreePort-McMoRan, Inc. (McMoRan) adquirieron el derecho a solicitar la renegociación del precio de compra si el Congreso desregulaba el gas natural. Más tarde, como consecuencia de la recién promulgada Ley de Política del Gas Natural de 1978 (NGPA), 15 U. S. C. §§ 3301-3432, y de la relación sustancialmente modificada entre McMoRan y KN, comenzaron los problemas a propósito del precio de compra.

Ante la demanda presentada, el tribunal de distrito tuvo en cuenta la página 8.1F de la Enmienda de 1975. Esta disposición establecía el derecho a renegociar solo al vendedor:

Tabla 6

Fragmento de la página 8.1F de la Enmienda de 1975 que estableció el derecho a renegociar solo al vendedor en una relación contractual

Versión original	Versión traducida
In the event the Federal Power Commission or any successor governmental body shall cease during the term hereof to regulate the price to be paid hereunder, then within six months after such occurrence Seller shall have the right to request a renegotiation of the price to be paid hereunder. If Seller so requests a renegotiation of the price, Seller and Buyer shall determine the highest price then being paid for natural gas by interstate or intrastate pipeline companies in Phillips or Valley Counties, Montana, for gas of similar quantity and quality and being sold under similar terms and conditions. The price so determined shall be come [sic] effective upon the first day of the month six months after the date of cessation of price regulation. If said renegotiated price is put in effect, then three (3) years after the cessation of price regulation and every third year thereafter, Seller shall have the right to request a further renegotiation of the price to be paid hereunder. Each price so determined shall remain in effect for a period of one year, and at the beginning of each succeeding yearly period the price shall increase one (1 cents) per thousand (1,000) cubic feet until the effective date of each subsequent redetermined price.	En caso de que la Comisión Federal de Energía o cualquier organismo gubernamental sucesor deje de regular el precio a pagar en virtud del presente durante su vigencia, el <i>Vendedor tendrá derecho a solicitar una renegociación del precio a pagar en virtud del presente en un plazo de seis meses a partir de dicho suceso</i> [énfasis añadido]. Si el Vendedor solicita una renegociación del precio, el Vendedor y el Comprador determinarán el <i>precio más alto pagado en ese momento por el gas natural</i> [énfasis añadido] por compañías de gasoductos interestatales o intraestatales en los condados de Phillips o Valley, Montana, por gas de cantidad y calidad similares y vendido en términos y condiciones similares. El precio así determinado entrará [sic] en vigor el primer día del mes seis meses después de la fecha de cese de la regulación de precios. Si dicho precio renegociado entra en vigor tres (3) años después del cese de la regulación de precios y cada tres años a partir de entonces, el Vendedor tendrá derecho a solicitar una nueva renegociación del precio a pagar en virtud del presente Contrato. Cada precio así determinado permanecerá en vigor durante un período de un año, y al comienzo de cada período anual sucesivo el precio aumentará un (1) céntimo por cada mil (1000) pies cúbicos hasta la fecha de entrada en vigor de cada precio redeterminado subsiguiente.

La Corte de Apelaciones del Décimo Circuito, con decisión del 19 agosto de 1991, afirmó:

en la p 8.1F, las partes pretendían crear un mecanismo para fijar y controlar el precio del gas en caso de desregulación. Al combinar

una cláusula de escalada con una disposición de precio fijo/aumento fijo, así como el procedimiento para desencadenar la renegociación del precio, McMoRan y KN intentaron, como determinó el tribunal de distrito, maximizar los incentivos por los que cada uno negoció. Un elemento central de ese diseño contractual es el derecho de McMoRan a renegociar. Ese derecho, según acordaron las partes, se activaba a petición de McMoRan. El tribunal de distrito no podía ni anticipar que McMoRan hiciera esta petición en 1988 ni hacerla por ellos. No encontramos abuso de discrecionalidad en la negativa del tribunal a modificar el decreto para prever una renegociación en 1988. (KN Energy, Inc. vs. FreePort-McMoRan, Inc. 19 de agosto de 1991)

La versión de la cláusula de *hardship* de la Cámara de Comercio Internacional es redactada en estos términos:

1. Las partes de un contrato deben cumplir sus obligaciones contractuales, aun cuando las circunstancias hayan convertido su cumplimiento en más gravoso de lo que razonablemente podrían haber previsto al tiempo de la celebración del contrato.
2. No obstante, lo dispuesto en el apartado 1 de esta Cláusula, cuando una parte del contrato pruebe que:
 - a) continuar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales ha devenido excesivamente gravoso debido a un hecho fuera de su control razonable, que no era razonablemente previsible que se hubiera tenido en cuenta al tiempo de la celebración del contrato; y que
 - b) razonablemente no podría haber evitado o superado el hecho en cuestión o sus consecuencias, las partes estarán obligadas, dentro de un plazo razonable desde que esta Cláusula sea invocada, a negociar condiciones contractuales alternativas que permitan razonablemente superar las consecuencias del hecho.

3A Resolución de parte	3B Adaptación o resolución por juez	3C Resolución por juez
Cuando resulte de aplicación el apartado 2 de esta Cláusula, pero las partes no puedan llegar a acordar condiciones contractuales alternativas según lo dispuesto en ese apartado, la parte que invoque esta Cláusula tendrá derecho a resolver el contrato, pero no podrá solicitar a un juez o árbitro su adaptación sin el acuerdo de la otra parte.	Cuando resulte de aplicación el apartado 2 de esta Cláusula, pero las partes no puedan llegar a acordar condiciones contractuales alternativas según lo dispuesto en ese apartado, cualquiera de las partes tendrá derecho a solicitar al juez o árbitro que adapte el contrato con el fin de restablecer su equilibrio o para resolverlo, según corresponda.	Cuando resulte de aplicación el apartado 2 de esta Cláusula, pero las partes no puedan llegar a acordar condiciones contractuales alternativas según lo dispuesto en ese apartado, cualquiera de las partes tendrá derecho a solicitar al juez o árbitro que declare la resolución del contrato.

(Internacional Chamber of Commerce Force Majeure and Hardship Clauses, 2020, p. 5)

Como podemos constatar, lo que diferencia la cláusula *hardship* de la excesiva onerosidad de la prestación (regulada en el artículo 1440 C. C.) es que, frente al mismo supuesto de hecho (prestación devenida en antieconómica por circunstancias extraordinarias, no imputables a quien la invoca), se establece —para la cláusula *hardship*— el deber de renegociación y, si ello no es posible, las opciones son varias y van, desde la resolución de la parte, hasta la adaptación o resolución judicial o arbitral. En el caso del artículo 1440 C. C., la consecuencia es que la parte afectada acuda al juez o árbitro para que se haga el reajuste de prestaciones y, si ello no fuera posible, el juez o árbitro decidirá la resolución del contrato.

Ya en Francia, en el caso entre Electricité de France con la Société Shell Française, la Cour d'appel de Paris, con decisión del 28 de septiembre de 1976, dando cumplimiento al acuerdo contractual, reenvió a las partes la renegociación del contrato, con la supervisión de un observador, y solo en el supuesto de fracaso, con conocimiento de las soluciones propuestas, la Corte anularía el contrato si la fórmula modificaba lo ya pagado o la impondría de oficio si no altera la economía de este.

Comentando esta sentencia, se sostuvo que la *clause de sauvegarde* no va más allá de la necesaria consulta de las partes en el momento en que se llega a un cierto umbral de distorsión entre el intento de conciliación y eventualmente la posibilidad contractual de resolución a falta de acuerdo para reordenar el contrato (Robert, 1978, p. 18810).

Con razón se afirma que, aunque se admitiese la aplicación de esta cláusula en los contratos domésticos, esta sufre de limitaciones. En primer lugar, su introducción depende de la voluntad de ambas partes. Si estas no lo hacen, o no lo han podido hacer, no puede ser aplicada. En segundo lugar, la cláusula de *hardship* no especifica las concretas modalidades de renegociación del contrato. Desarrollada en la praxis supranacional, esta no hace referencia a las reglas de un específico ordenamiento jurídico, ni a tratados o convenciones internacionales. Tampoco ha sido previsto que dicha negociación debe realizarse según criterios de justicia y de equidad, ni se hace un llamado a los deberes de corrección y solidaridad en la fase de remodelación del sinalagma contractual (Aceto Di Capriglia, 2023, p. 771).

El artículo 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías⁷ (Contracts for the International Sale of Goods [CISG]), promulgada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2011), define en la sección relativa a la exoneración lo siguiente:

- 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.

7 La Convención fue preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y adoptada por una conferencia diplomática el 11 de abril de 1980.

- 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 solo quedará exonerada de responsabilidad:
 - a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y
 - b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado
- 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.

La Opinión n.º 20 del Consejo Asesor de la CISG (CISG Advisory Council, 2020), aprobada el 5 de febrero de 2020, ha incluido al *hardship* dentro de los alcances del artículo 79 del CISG. Se sostuvo lo siguiente:

1. Las siguientes Reglas sobre excesiva onerosidad (*hardship*) aplican, a menos que el contrato disponga lo contrario.
2. La CISG rige las situaciones de excesiva onerosidad (*hardship*).
3. *Una parte está obligada a cumplir sus obligaciones, aunque su cumplimiento se haya tornado más oneroso, a menos que exista excesiva onerosidad (hardship) [énfasis añadido].*
4. Hay excesiva onerosidad cuando un cambio de circunstancias ajeno a la voluntad de una parte hace que su cumplimiento sea excesivamente oneroso (*hardship*), si no cabía razonablemente

- esperar que dicha parte tuviese en cuenta el cambio, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias.
5. Tal excesiva onerosidad (*hardship*) puede ocurrir 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.
 6. Tal excesiva onerosidad (*hardship*) también puede originarse de eventos suscitados antes de la celebración del contrato si las partes no los conocían o no podrían haber adquirido conocimiento de ellos.
 7. Para determinar si existe excesiva onerosidad (*hardship*), los siguientes factores, enunciativos mas no limitativos, deberían de tomarse en cuenta:
 - a) si alguna de las partes asumió el riesgo de un cambio de circunstancias;
 - b) si el contrato tiene una naturaleza especulativa;
 - c) si, y en qué medida, existieron fluctuaciones previas en el mercado;
 - d) la duración del contrato;
 - e) si el vendedor ha obtenido las mercaderías de su propio proveedor;
 - f) si alguna de las partes se ha protegido contra los cambios de mercado.
 8. La parte afectada por excesiva onerosidad (*hardship*) deberá comunicar a la otra parte del cambio de circunstancias y sus efectos sobre su capacidad para cumplir sus obligaciones. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte afectada tuviera o debiera haber tenido conocimiento de la situación de excesiva onerosidad (*hardship*), esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.
 9. En caso de excesiva onerosidad (*hardship*), nada impedirá a cualquiera de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios y

requerir el cumplimiento específico de la obligación afectada por excesiva onerosidad (*hardship*).

10. La exoneración por causa de excesiva onerosidad (*hardship*) surtirá efecto mientras dure la excesiva onerosidad (*hardship*).
11. Conforme a la CISG, las partes no están obligadas a renegociar el contrato en caso de excesiva onerosidad (*hardship*).
12. Conforme a la CISG, un tribunal judicial o arbitral no tiene la facultad de adaptar el contrato en caso de excesiva onerosidad (*hardship*).
13. Conforme a la CISG, un tribunal judicial o arbitral no tiene la facultad de declarar la terminación del contrato en caso de excesiva onerosidad (*hardship*).

En el punto 3.2. de la Opinión n.º 20 se argumenta:

el principio de *pacta sunt servanda* no es absoluto. Cuando las circunstancias imprevistas e inevitables *son tales que provocan una alteración fundamental del equilibrio del contrato* [énfasis añadido], pueden crear un impedimento que exima a una parte de su cumplimiento y respectiva responsabilidad bajo el artículo 79 CISG.

Esta Opinión fue emitida por cuanto, entre los países que suscribieron la CISG, se ha presentado una disparidad de criterios a nivel judicial y arbitral⁸. Es en atención a estas decisiones que atenta doctrina nacional observa que

8 En la introducción del anexo 1 CISG AC Opinión n.º 20, se detalla:

1. En la Opinión núm. 20 se examinaron siete decisiones de tribunales estatales y tres laudos arbitrales en los que se ha considerado, hasta la fecha, la aplicación de la CISG en casos de excesiva onerosidad (*hardship*). En un caso, un juzgado italiano consideró que el artículo 79 no regulaba los casos de excesiva onerosidad (*hardship*) y aplicó en cambio el derecho interno italiano. En ocho casos, el juez o árbitro decidió que la excesiva onerosidad (*hardship*) era un tipo de impedimento regulado por el artículo 79 de la CISG. En un caso distinto, el demandado planteó la cuestión y el Tribunal Arbitral no la rechazó ni la aceptó expresamente. Sin embargo, no encontramos una respuesta uniforme en lo

si bien la distinción entre *force majeure* y *hardship* es fácilmente defendible en teoría, es difícilmente verificable en la práctica. Por ello, la opción en el derecho contractual transnacional es promover su unificación. [...] La distinción entre *force majeure* y *hardship* es solo una diferencia de costos. (García, 2025, p. 317)

No solo eso:

Si vemos el panorama completo, podemos concluir que existen presupuestos comunes para invocar a la *force majeure* y la *hardship* conforme al derecho contractual transnacional: (a) que el impedimento esté fuera del control; (b) que no era razonable que el impedimento haya sido tomado en cuenta al momento de la suscripción del contrato; (c) que no era razonable que el impedimento haya podido ser evitado o superado, y (d) que el riesgo de ocurrencia del impedimento no haya sido asumido por la parte afectada. (García, 2025, p. 324)

Sinceramente, en lo que a experiencia jurídica peruana se refiere, tendría una posición más cauta. Ya en otra sede he advertido el fenómeno, producto de la globalización jurídica, en el cual los abogados peruanos concluyen contratos sobre la base de modelos diversos a los nacionales, como los del *common law* o, como hemos visto, de la CCI o de la CISG, sin ser conscientes a cabalidad de que, para interpretarlos, se deberá aplicar el derecho peruano (Espinoza, 2023, pp. 337-338). Si bien en ejercicio de la autonomía privada las partes tienen el derecho de delimitar los alcances de sus derechos, sus obligaciones y sus responsabilidades, aquella tiene como límite la imperatividad de nuestro sistema.

que respecta al nivel de impedimento económico exigido por la CISG o a las acciones disponibles cuando se alcanzó el umbral requerido.

2. Solo en uno de los ocho casos en los que la CISG se consideró aplicable, una corte determinó que se cumplían los requisitos del artículo 79 de la CISG. Relativo al aumento del 70 % del precio de las mercaderías (acero), la *Cour de Cassation* de Bélgica sostuvo que dicho cambio de circunstancias constituía un impedimento económico con arreglo al artículo 79 de la CISG.

4. LA *COMMERCIAL IMPRACTICABILITY*

La *impracticability* es un supuesto que se genera por un cambio sobreviniente de circunstancias que genera un desequilibrio de las prestaciones inicialmente pactadas entre las partes, que hace que una de ellas tenga una pérdida económica severa e irrazonable. Es considerada como una imposibilidad que hace que se extinga la obligación de la parte afectada de cumplir con su prestación.

La doctrina de la *commercial impracticability* es el resultado de la evolución jurisprudencial del *common law* estadounidense. Así:

en este proceso de elaboración de la disciplina, la imposibilidad absoluta de la prestación no es ya un concepto cerrado con un riguroso límite, la nueva realidad a la que se encuentra sometido el contrato abre la puerta al desarrollo del concepto de *commercial impracticability*, una imposibilidad económica que conducirá luego a una neta distinción entre las dos *doctrines* mediante su codificación en el UCC (imposibilidad física y jurídica, e *impracticability*) en materia de compraventa, extendida luego a todos los contratos en el *Second Restatement* (§§ 261 ss.). (Chamie, 2010, p. 100)

Esta última disposición, que data de 1981, establece:

Cuando, después de celebrado un contrato, la ejecución por parte de una de las partes se vuelve impracticable sin que medie culpa suya, debido a la ocurrencia de un evento cuya no ocurrencia fue una suposición básica sobre la que se fundó el contrato, su obligación de cumplir con dicha prestación queda extinguida, salvo que el lenguaje del contrato o las circunstancias indiquen lo contrario. (American Law Institute, 1981, §261)

Como antecedentes, contamos con el caso *Mineral Park Land Co. v Howard*, 172 Cal. 289, 292, (L. A. No. 3633. Department One), en el que la Corte Suprema de California, con sentencia del 12 de marzo de 1916, dictaminó:

Las partes estaban contratando el derecho a extraer tierra y grava para ser utilizadas en la construcción del puente. Cuando estipularon que toda la tierra y grava necesaria para este propósito debía tomarse del terreno de la demandante, contemplaron y asumieron que el terreno contenía la cantidad requerida, disponible para su uso. Los demandados no se estaban obligando a tomar lo que no estaba allí. Y, al determinar si la tierra y la grava estaban «disponibles», *debemos considerar las condiciones de manera práctica y razonable* [énfasis añadido]. Aunque había grava en el terreno, estaba situada de tal manera que los demandados no podían extraerla por medios ordinarios, salvo a un costo prohibitivo. *Para todos los efectos prácticos*, era imposible para los demandados extraerla. «*Una cosa es imposible en el ámbito legal cuando no es practicable; y una cosa es impracticable cuando solo puede hacerse a un costo excesivo e irrazonable* [énfasis añadido]» (1 Beach on Contracts, sec. 216). No queremos sugerir que los demandados pudieran excusarse mostrando la existencia de condiciones que hicieran el cumplimiento de su obligación más costoso de lo anticipado, o que les ocasionaran pérdidas. *Pero cuando la diferencia en el costo es tan grande como aquí, y tiene el efecto, como se determinó, de hacer el cumplimiento impracticable, la situación no es diferente a la de una ausencia total de tierra y grava* [énfasis añadido]. (Caso Mineral Park Land Co. vs. Howard, 12 de marzo de 1916)

Con esta decisión:

se substituyó el criterio objetivo representado seguramente en la imposibilidad material, con un criterio de imposibilidad económica que exige del juez una complicada valoración subjetiva. Cabe agregar que esta imposibilidad no parece referirse a una mera *difficultas* del deudor, sino a un cumplimiento excesivamente oneroso respecto de las condiciones iniciales del contrato. (Chamie, 2010, p. 104)

Sin embargo, este temperamento no era pacífico. En efecto, en el caso *B's Company, Inc v. B. P Barber & Associates, Inc.*, el Cuarto Distrito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, con decisión del 2 de febrero de 1968, entendió:

La imposibilidad de cumplimiento de un contrato puede clasificarse como imposibilidad objetiva (la cosa no se puede hacer) o como imposibilidad subjetiva (yo no puedo hacerlo). Por lo general, está bien establecido que *la imposibilidad subjetiva, es decir, la imposibilidad que es personal para el promitente y no es inherente a la naturaleza del acto a realizar, no excusa el incumplimiento de una obligación contractual* [énfasis añadido]. 17 Am. Jur.2d, Sección 415, Contracts. 17A C. J. S. Contracts 459. En el caso de *Pearce-Young-Angel Company v. Charles R. Allen, Inc.*, 213 S. C. 578, 50 S. E. 2d 698 (1948), el tribunal declaró que es una regla de ley bien establecida «que si una parte, por su contrato, se obliga a sí misma a una obligación posible de cumplir, debe cumplirla, a menos que su cumplimiento sea imposible por acto de Dios, la ley o la otra parte». El juez de primera instancia determinó que la evidencia probaba que había dificultad, gasto y posible dificultad involucrados en el cumplimiento del contrato por parte de The B's Co., pero que esto no hacía que el cumplimiento fuera imposible, y que la dificultad del cumplimiento no lo eximía de su obligación de cumplir de acuerdo con su promesa. Había amplia evidencia sobre la cual basar esta conclusión. (Caso *B's Company, Inc v. B. P Barber & Associates, Inc.*, 2 de febrero de 1968)

El § 2-615 del Uniform Commercial Code de los Estados Unidos de Norteamérica, de 1952, regula la Excusa por incumplimiento de las condiciones presupuestas, en los siguientes términos:

Excepto en la medida en que un vendedor haya asumido una obligación mayor y sujeto a la sección precedente sobre cumplimiento sustituido:

(a) *La demora en la entrega o la falta de entrega total o parcial por parte de un vendedor* que cumple con los párrafos (b) y (c) no

constituye un incumplimiento de su deber en virtud de un contrato de compraventa si el cumplimiento acordado se ha vuelto impracticable por la ocurrencia de una contingencia cuya no ocurrencia fue una suposición básica sobre la que se hizo el contrato o por el cumplimiento de buena fe de cualquier reglamento u orden gubernamental nacional o extranjero aplicable, independientemente de que posteriormente resulte o no inválido [énfasis añadido].

(b) Cuando las causas mencionadas en el párrafo (a) afecten solo a una parte de la capacidad de cumplimiento del vendedor, este deberá distribuir la producción y las entregas entre sus clientes, pero podrá, a su elección, incluir a los clientes habituales que no estén bajo contrato, así como sus propias necesidades de fabricación posterior. Podrá distribuir esta distribución de cualquier manera que sea justa y razonable.

(c) El vendedor debe notificar al comprador oportunamente que habrá demora o falta de entrega y, cuando se requiera una asignación de conformidad con el párrafo (b), la cuota estimada que se pondrá a disposición del comprador⁹. (Uniform Commercial Code, 1952, § 2-615)

9 La versión original es la siguiente:

§ 2-615. Excuse by Failure of Presupposed Conditions.

Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance:

- (a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.
- (b) Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller's capacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contract as well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner which is fair and reasonable.

El hecho de que una de las partes no se beneficiara económicamente no imposibilita su cumplimiento. Tampoco una disminución en el precio de mercado de un producto sería considerada como «impracticabilidad comercial». Así, en el caso *Hancock Paper Company v. Champion International Corporation*, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos del Estado de Pensilvania, con decisión del 15 de noviembre de 1976, resolvió:

La otra defensa del demandante es que, incluso si el contrato fue solo para el N.º 2, el cumplimiento de sus obligaciones está excusado debido a la «imposibilidad sobreviniente» según se define en la *Restatement of Contracts*, o «impracticabilidad comercial» según el § 2-615 del UCC. El demandante alega que la comercialización del producto adicional que deprimió los precios no era previsible en el momento de la celebración del contrato. *Este Tribunal sostiene que una caída en los precios de mercado, incluso si es causada por una de las partes, no constituye una «imposibilidad sobreviniente», sino simplemente una «dificultad imprevista» según el Restatement, § 467 [énfasis añadido].* El demandante logró negociar un acuerdo alternativo, con pérdidas económicas. La Sección 467 del *Restatement* establece: «(F) Los actos que existan en el momento de la celebración del contrato o que se produzcan con posterioridad y que hagan el cumplimiento de la promesa más difícil o costoso de lo previsto por las partes no liberan de una obligación que haya surgido». El hecho de que Hancock no se beneficiara de su contrato con Champion no imposibilita su cumplimiento. Como se desprende claramente de la Ilustración 1 del § 455, la falta de fondos de una fuente prevista (en este caso, las ganancias esperadas por Hancock en la reventa) no imposibilita el cumplimiento. Por lo tanto, las dificultades imprevistas de la reventa no justifican el cumplimiento de Hancock.

(c) The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and, when allocation is required under paragraph (b), of the estimated quota thus made available for the buyer.

Los comentarios del UCC al § 2-615 prohíben específicamente la consideración de una disminución en el precio de mercado como «impracticabilidad comercial», ya que «ese es exactamente el tipo de riesgo que los contratos comerciales realizados a un precio fijo tienen como objetivo cubrir». Comentario 4, 12A PS § 2-615. Dado que ambas partes pactan este riesgo como parte del contrato, su ocurrencia no altera ninguna obligación derivada del mismo. Esta es exactamente la situación en el caso que nos ocupa. *Este Tribunal considera que el problema del mercado deprimido*, aunque causado por la comercialización del producto N.º 1 por parte de *Champion* (que es la visión de los hechos más favorable al demandante), *no alcanza el nivel de gravedad requerido para excusar el cumplimiento bajo el Restatement o el UCC* [énfasis añadido]. Dado que se ha celebrado un contrato para el N.º 2 sin cláusulas implícitas, que el demandado no ha incumplido ninguna de sus obligaciones y que las obligaciones del demandante no se han extinguido, se concede la sentencia sumaria al demandado. (Caso *Hancock Paper Company vs. Champion International Corporation*, 15 de noviembre de 1976).

En efecto, en el Comentario 4 del UCC al § 2-615, se explica:

El aumento de los costes por sí solo no excusa de la prestación, a menos que dicho aumento se deba a alguna contingencia imprevista que altere la naturaleza esencial de la prestación. Tampoco una subida o un hundimiento del mercado constituye en sí mismo una justificación, ya que ese es exactamente el tipo de riesgo comercial que los contratos comerciales celebrados a precios fijos pretenden cubrir. Pero una grave escasez de materias primas o de suministros debida a una contingencia como una guerra, un embargo, la pérdida de cosechas locales, el cierre imprevisto de las principales fuentes de suministro o similares, que provoque un marcado incremento de los costes o impida por completo al vendedor obtener los suministros necesarios para su ejecución, entra dentro de la contemplación de este artículo. (Véase *Ford & Sons, Ltd., v. Henry Leatham & Sons, Ltd.*, 21 Com. Cas. 55 (1915, K. B. D.). (Uniform Commercial Code, comentario 4 al § 2-615)

Para que tenga suceso la *commercial impracticability*, la pérdida debe ser tan severa e irrazonable que exigir el cumplimiento generaría una grave injusticia. Así, en el caso Northern Illinois Gas Company (NI-Gas) v. Energy Cooperative, Inc. (ECI), el Tercer Distrito del Tribunal de Apelaciones de Illinois, el 27 de marzo de 1984, afirmó enfáticamente:

Ante todo, como sabe cualquier comerciante, la única certeza del mercado es que los precios cambiarán [énfasis añadido]. La fluctuación de los mercados y precios, causada por múltiples causas, es inherente a la economía en la que vivimos. Las previsiones de mercado realizadas por supuestos expertos a veces son correctas, a menudo erróneas y, por lo general, contradictorias. [...]

NI-Gas tampoco demostró un grado suficiente de impracticabilidad. La impracticabilidad que alegó NI-Gas fue el aumento sustancial del coste de su ejecución. Incluso si hubiéramos concluido que los eventos que dieron lugar al aumento del coste fueron eventos que las partes contratantes asumieron que no ocurrirían, *el aumento del coste no suele constituir impracticabilidad según el artículo 2-615 [énfasis añadido].*

El Comentario 4 de la sección 2-615 establece que «el aumento del coste por sí solo no excusa el cumplimiento, a menos que dicho aumento se deba a alguna contingencia imprevista que altere la naturaleza esencial del cumplimiento». (Ill. Ann. Stat., cap. 26, párr. 2-615, Código Comercial Uniforme, Comentario 4, pág. 500 [Smith-Hurd 1963]). La naturaleza esencial del cumplimiento de NI-Gas en virtud del contrato era adquirir o pagar la nafta. El contrato no especificaba qué haría NI-Gas con la nafta. De hecho, antes de rescindir el contrato, NI-Gas había comenzado a revender la nafta en el mercado abierto y negoció con ECI para obtener una enmienda al contrato que facilitara dichas ventas.

Cuando se denegó su solicitud de aumento de tarifa, NI-Gas decidió que costaría menos rescindir el contrato que continuar cumpliendo por cualquier medio posible. *Se espera que una parte utilice esfuerzos razonables para superar los obstáculos al cumplimiento y el cumplimiento es impracticable solo si es así a pesar de di-*

chos esfuerzos [énfasis añadido]. (Restatement (Second) of Contracts sec. 261 (1981).) Una parte que intenta excusar su cumplimiento debe demostrar que solo puede operar con pérdida y que la pérdida será tan severa e irrazonable que la falta de excusar el cumplimiento resultaría en una grave injusticia [énfasis añadido]. (Gulf Oil Corp. v. Federal Power Com. (3d Cir.1977), 563 F.2d 588) NI-Gas no ha hecho tal demostración. En cambio, la evidencia favorece abrumadoramente la conclusión opuesta. En consecuencia, afirmamos el veredicto dirigido para ECI sobre este tema. (Caso Northern Illinois Gas Company [NI-Gas] vs. Energy Cooperative, Inc. [ECI], 27 de marzo de 1984)

La simple falta de recursos económicos tampoco constituye imposibilidad. Así en el caso *Board of Supervisors v. McMahon*, en el cual el Condado de Butte, a través de una medida cautelar, obtuvo que un tribunal ordenase al Estado de California que financiara la totalidad de la parte no federal del programa de subsidios de asistencia a familias con hijos dependientes (AFDC, por sus siglas en inglés), por cuanto el condado (que estaba obligado a hacerlo) no contaba con fondos locales suficientes, el Tercer Distrito de Apelaciones del Tribunal de Apelaciones de California, con sentencia del 29 de marzo de 1990, n.º C003383, determinó:

El expediente no demuestra imposibilidad de cumplimiento.

[9a] Por último, el Condado alega que su difícil situación financiera le impide literalmente cumplir con el mandato estatal. Solicita que se invoque la doctrina equitativa que exime del cumplimiento cuando las circunstancias hacen que este sea imposible.

[10] El principio tradicional de equidad, codificado en nuestro Código Civil, establece: «La ley no obliga a lo imposible» (Código Civil, § 3531). Imposibilidad significa no solo imposibilidad absoluta, sino también imposibilidad práctica debido a una dificultad, gasto, perjuicio o pérdida extrema e irrazonable. (*Oosten v. Hay Haulers etc. Union* (1955) 45 Cal.2d 784, 788).

[11] Conforme a este principio, la ley reconoce excepciones al cumplimiento legal cuando el cumplimiento es imposible. (*People v. Lake County* (1867) 33 Cal. 487, 492 [la imposibilidad convierte una obligación legal imperativa en facultativa]; *County of San Diego v. Milotz* (1953) 119 Cal.App.2d Supp. 871, 883-884; véase 73 *Am. Jur. 2d, Statute*, § 15, p. 278 [«Cuando el cumplimiento estricto de una ley es imposible, se permite un cumplimiento tan cercano como sea posible, sobre el principio de que la ley no exige imposibles»]).

[9b] Esta última cita demuestra la dificultad de aplicar la doctrina de la imposibilidad al caso presente. El Condado no sostiene que la medida cautelar le permita cumplir sustancialmente con los mandatos legales. No busca un alivio respecto a algún detalle gravoso exigido por ley. Más bien, el Condado invoca la imposibilidad como justificación para no cumplir en absoluto.

Para respaldar su afirmación, el Condado se apoya en un pasaje de una enciclopedia: «se sostiene de manera bastante general que no se exigirá a un ente público que realice un acto cuando ello sea imposible por falta de fondos y por la imposibilidad de obtenerlos...» (55 C. J. S., *Mandamus*, § 14, p. 39). Además, el Condado se basa en el caso *Sutro Heights Land Co. v. Merced Irr. Dist.* (1931) 211 Cal. 670 [296 P. 1088]. [...] el expediente que tenemos ante nosotros no demuestra una imposibilidad suficiente como para justificar una medida cautelar que impida completamente la aplicación del esquema legal. [...]

Más bien, el argumento de «imposibilidad» del Condado se basa en la supuesta insuficiencia de sus ingresos para cubrir tanto los programas ordenados por el Estado, incluido el AFDC, como los programas locales. Según el Condado, esta insuficiencia lo exime de financiar los programas estatales obligatorios. No estamos de acuerdo. (Caso *Board of Supervisors vs. McMahon*, 29 de marzo de 1990)

Sin embargo, se cuenta con la siguiente *dissenting opinion*:

La ley nunca exige imposibles. (Código Civil, § 3531). *Imposibilidad significa no solo imposibilidad estricta, sino también impracticabilidad debido a una dificultad, gasto, perjuicio o pérdida extremos e irrazonables* [énfasis añadido]. (*Oosten v. Hay Haulers etc. Union* (1955) 45 Cal. 2d 784, 788 [291 P.2d 17].) En consonancia con este axioma, la ley reconoce excepciones a requisitos legales cuando hay imposibilidad de cumplimiento. (*People v. Lake County* (1867) 33 Cal. 487, 492 [la imposibilidad de cumplimiento convierte en directivo un deber legal que normalmente sería imperativo]; *County of San Diego v. Milotz* (1953) 119 Cal. App. 2d Supp. 871, 883-884 [260 P.2d 282]; véase 73 *Am.Jur.2d*, *Statutes*, § 15, p. 278 [«[C]uando el cumplimiento estricto de una ley es imposible, se ha permitido un cumplimiento lo más cercano posible bajo el principio de que la ley no exige imposibles»].) Más directamente en este caso, «es una regla general que no se requerirá a una entidad pública que realice un acto cuando sea imposible debido a la falta de fondos y a la imposibilidad de obtenerlos...» (55 C. J. S., *Mandamus*, § 14, p. 39).

[...] Si, como cuestión de equidad, la imposibilidad de cumplimiento sería una defensa frente a una solicitud de mandato por parte del Estado contra el Condado, no veo razón para que el Condado no pueda actuar preventivamente solicitando una orden que impida la aplicación de la ley desde el inicio. (Caso Board of Supervisors vs. McMahon, 29 de marzo de 1990)

En el caso *Seaboard Lumber Company and Capital Development Company, Plaintiffs vs. United States*, 308 F.3d 1283 (Fed. Cir. 2002), la U. S. Court of Appeals for the Federal Circuit decidió el 12 de octubre de 2002 lo siguiente:

Seaboard sostiene que la caída del mercado de la madera hizo que su ejecución contractual fuera imposible o, alternativamente, comercialmente impracticable, por lo que su incumplimiento estaría justificado. La ejecución solo se excusa bajo esta doctrina cuando

es objetivamente imposible. *Jennie-O Foods, Inc. v. United States*, 217 Ct. Cl. 314, 580 F.2d 400, 409 (Ct. Cl. 1978). Por lo tanto, no basta con que Seaboard demuestre que era incapaz de cumplir con el contrato; debe probar que ningún contratista en situación similar habría podido cumplir. *Las fluctuaciones del mercado no hicieron que el contrato de Seaboard fuera imposible de ejecutar, sino simplemente poco rentable. Otros contratistas sí ejecutaron contratos de tala durante el mismo período. Por tanto, la ejecución por parte de Seaboard no fue objetivamente imposible y no puede excusarse sobre esa base* [énfasis añadido].

Este tribunal y su predecesor han reconocido desde hace tiempo que *la doctrina de la imposibilidad no exige una imposibilidad real o literal de cumplimiento, sino solo una demostración de impracticabilidad comercial*. *Id.* en 408; *Hercules Inc. v. United States* [énfasis añadido], 24 F.3d 188, 204 (Fed. Cir. 1994) (señalando que la doctrina de imposibilidad de ejecución «exonera de la demora o del incumplimiento cuando la ejecución acordada se ha vuelto “comercialmente impracticable” debido a un evento sobrevenido e imprevisto que no fue contemplado por las partes al momento de celebrar el contrato»); *Natus Corp. v. United States*, 178 Ct. Cl. 1, 371 F.2d 450, 456 (1967). La Corte Suprema ha reformulado la doctrina de la imposibilidad en derecho común del siguiente modo: [C]uando, tras la celebración de un contrato, la ejecución por parte de una parte se vuelve impracticable sin culpa de esta debido a la ocurrencia de un evento cuya no ocurrencia fue una suposición básica en que se fundó el contrato, su obligación de ejecutar queda extinguida, salvo que el lenguaje del contrato o las circunstancias indiquen lo contrario. *United States v. Winstar Corp.*, 518 U. S. 839, 904, 116 S. Ct. 2432, 135 L. Ed. 2d 964 (1996) (citando *Restatement (Second) of Contracts* § 261).

Esta defensa exige que Seaboard demuestre que:

- (i) un evento sobrevenido hizo impracticable la ejecución;
- (ii) la no ocurrencia del evento fue una suposición básica del contrato;
- (iii) la ocurrencia del evento no fue culpa de Seaboard;

- (iv) Seaboard no asumió el riesgo de la ocurrencia del evento. Véase *Winstar Corp.*, 518 U. S. en 904-10.

Incluso si asumiéramos, sin decidirlo, que la ejecución del contrato por parte de Seaboard es impracticable porque llevaría a la quiebra a la empresa, Seaboard debe demostrar que la no ocurrencia de una caída del mercado de la madera fue una suposición básica del contrato What [énfasis añadido]. Véase *id.* en 905. «[S]i [el riesgo] era previsible, debería haberse previsto en el contrato, y la ausencia de dicha previsión da lugar a la inferencia de que el riesgo fue asumido.» *Id.* (citando *Lloyd v. Murphy*, 25 Cal. 2d 48, 153 P.2d 47, 50 (1944)). En *Winstar Corp.*, los contratos en cuestión estipulaban que el gobierno ofrecería cierto tratamiento regulatorio respecto de los requisitos de reservas de capital a las partes que compraran entidades de ahorro quebradas. La Corte Suprema sostuvo que dicha prestación implicaba que el entorno regulatorio podría cambiar y que, *a fortiori*, el riesgo del cambio regulatorio se asignaba al gobierno. *Winstar Corp.*, 518 U. S. en 906. Además, se determinó que las normas sobre requisitos de capital habían cambiado numerosas veces. *Id.* en 906–07. Por tanto, la no ocurrencia de una reforma regulatoria no era una suposición básica de los contratos en cuestión. *Id.* en 907.

La no ocurrencia de una caída en el mercado de la madera no fue una suposición básica del contrato *What*. Seaboard se comprometió a extraer madera por un precio fijo. «El riesgo normal de un contrato a precio fijo es que el precio de mercado cambie.» *N. Ind. Pub. Serv.*, 799 F.2d en 275. Seaboard apostó a que el mercado se mantendría fuerte. El gobierno, en cambio, se protegió contra caídas del mercado. Por tanto, la no ocurrencia de fluctuaciones de mercado no fue una suposición básica compartida por ambas partes. Véase *Karl Wendt Farm Equip. Co. v. Int'l Harvester Corp.*, 931 F.2d 1112, 1118 (6th Cir. 1991) («[N]i los cambios de mercado ni la incapacidad financiera de una de las partes alteran las suposiciones básicas del contrato de modo que este pueda excusarse bajo la doctrina de la impracticabilidad comercial.»).

Además, aunque Seaboard no sea responsable de la caída del mercado, no procede una defensa por imposibilidad si el «lenguaje o las circunstancias» indican que el riesgo fue asignado a la parte que solicita la exoneración. *Winstar Corp.*, 518 U. S. en 908 (citando *Restatement (Second) of Contracts* § 261). Como Seaboard celebró un contrato a precio fijo, asumió el riesgo de una caída del mercado. *Tangfeldt Wood Prods., Inc. v. United States*, 733 F.2d 1574, 1577–78 (Fed. Cir. 1984) (se determinó que el contratista de madera asumía el riesgo general de los cambios en los precios del mercado y que no podía considerarse obligado a aplazar la remoción simplemente por la caída de precios). Por tanto, al no haber sido la no ocurrencia de la caída del mercado una suposición básica de ambas partes, y al haber asumido Seaboard el riesgo, la defensa de imposibilidad fracasa jurídicamente. Así, el rechazo por parte del *Court of Federal Claims* tanto de la imposibilidad como de la impracticabilidad fue correcto. (Caso Seaboard Lumber Company and Capital Development Company, Plaintiffs vs. United States, 12 de octubre de 2002)

Abona en la configurabilidad de la *impracticability* el criterio de la imprevisibilidad del evento que generaría la excesiva onerosidad o la antieconomicidad de la prestación. En el caso *Exelon Generation Co. LLC. v General Atomics Technologies Corp. (GATC)*, en calidad de garante de Heathgate Resources Proprietary Ltd. (una subsidiaria del demandado), el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, ND Illinois, División Este, con decisión del 27 de marzo de 2008, entendió que no era admisible la impracticabilidad comercial, por cuanto:

La segunda defensa de GATC, a la que las partes dedican la mayor parte de su argumentación, es que sus obligaciones, junto con las de Heathgate, *quedan excusados bajo la doctrina de impracticabilidad comercial debido a una confluencia de contingencias imprevisibles* [énfasis añadido]. GATC sostiene que Heathgate tuvo que reducir su estimación de reservas recuperables en casi 13 millones de libras tras adoptar una nueva herramienta de estimación de reservas. GATC sostiene además que el *costo unitario de producción de*

Heathgate se triplicó entre 2002 y 2006 debido a la depreciación del dólar estadounidense frente al dólar australiano, la inflación en el sector minero australiano y el aumento del contenido de cloruro del uranio en la mina [énfasis añadido]. Como resultado, argumenta GATC, Heathgate no contaba con suficientes reservas ni inventario para cumplir con sus compromisos contractuales, y la ejecución de los contratos conforme a sus términos habría afectado gravemente su viabilidad financiera.

[...]

Debido a que *las contingencias en las que GATC basa su argumento de impracticabilidad eran previsibles y en realidad previstas por Heathgate, la defensa de impracticabilidad no está disponible por ley [énfasis añadido].* Por tanto, el Tribunal no necesita abordar las cuestiones de si las contingencias hicieron impracticable el cumplimiento, si Heathgate causó la impracticabilidad en sí misma y, si la impracticabilidad fue solo parcial, si Heathgate asignó su producto de manera justa y razonable. (Caso Exelon Generation Co. LLC. vs. General Atomics Technologies Corp., 27 de marzo de 2008)

Se observa con razón que

indudablemente el problema de la gestión del riesgo por eventos sobrevenidos se entrelaza con los temas centrales de la teoría del contrato, en particular la disciplina que regula su ejecución y los efectos del incumplimiento no imputable, pero no puede negarse que existe una opción distinta al principio de la obligatoriedad absoluta del contrato, y es quizás una opción con resultados económicos menos desfavorables y más atenta a la realidad: se trata de valorar el carácter continuo de las obligaciones nacidas de *long-term contracts*, preferir la renegociación del contrato y por ende su conservación si es posible, antes de proceder a su *termination*. Y esta es una argumentación válida tanto para el sistema romanista como para el sistema de *common law*. Ahora bien, si la atención del intérprete hace énfasis en la sustancia económica del contrato (naturaleza del contrato en el sistema romanista o de *civil law*), sin duda el criterio para la gestión del riesgo asume mayores

connotaciones cuantitativas; no obstante, no puede descartarse el aspecto cualitativo del problema, esto es, el análisis de la naturaleza del evento sobrevenido y del perjuicio económico que incumbe al deudor. (Chamie, 2010, pp. 110-111)

Por otro lado:

la valoración del requisito de la imprevisión del evento sobrevenido en la *Section 2-615 UCC*, se deja ampliamente a la discrecionalidad del juez, que tiende a asumir una posición rígida valiéndose de la presunción de competencia profesional y considerando a menudo a las partes como dotadas de la experiencia necesaria para prever los riesgos del mercado en que operan. (Chamie, 2010, p. 115)

Autorizadamente se observa que

aquí estamos tratando con incertidumbres absolutas en lugar de riesgos calculables, y con eventos que no pueden ser prevenidos por las partes y que no pueden ser asegurados de manera eficiente debido a su naturaleza no recurrente y a la generalidad de sus consecuencias, y que además son tan poco probables que están por debajo del umbral de percepción de las partes. (Trimarchi, 1991, p. 82)

En atención a ello:

una pérdida seria y no merecida para una de las partes y una correspondiente ganancia inesperada para la otra no solo causa una distribución inequitativa, sino que también ineficiencia, ya que tales transferencias dañan innecesariamente los valores comerciales y financieros. Este resultado ocurre cada vez que un aumento extraordinario en los costos produce una ganancia igualmente extraordinaria para el comprador. En tales casos, por lo tanto, es preferible resolver el contrato, evitando así un daño innecesario a la organización financiera del vendedor, mientras que la posible asignación eficiente de recursos resultante de la ejecución puede ser preservada mediante la renegociación del contrato. (Trimarchi, 1991, p. 82)

5. PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA NACIONAL

Frente a esta reseña de los modelos circulantes tanto en el *common* como en el *soft law* respecto de las cláusulas de fuerza mayor, *hardship* y la *commercial impracticability*, hay que determinar si pueden aplicarse en los contratos domésticos. Para ello, intentaré dar respuesta a tres preguntas:

5.1. ¿Es válida una cláusula de fuerza mayor que amplíe o reduzca los alcances del artículo 1315 C. C.?

Va inicialmente dicho que la *cláusula de fuerza mayor* solo tiene sentido si se aparta de los alcances de la fuerza mayor estándar regulada en el artículo 1315 C. C. Por ello, autorizada doctrina nacional, a propósito de las cláusulas de fuerza mayor, afirma:

determinar las características del evento que constituye fuerza mayor dependerá de si se aplica supletoriamente el artículo 1315 del Código Civil (extraordinario, imprevisible, irresistible) o de si el contrato contiene una cláusula de fuerza mayor (en cuyo caso las características de la fuerza mayor dependerán de lo que las partes hayan acordado). Se distingue así entre *force majeure concepts* y *force majeure clauses*. (Barchi, 2024, p. 1614)

Como ha sido visto, en los modelos ofrecidos por la CCI, aparte de la cláusula general de fuerza mayor, se enumeran una serie de supuestos específicos que operan como presunciones. Considero que, en ejercicio de la autonomía privada, *se puede reducir el universo de supuestos que constituirían fuerza mayor*, ello en atención al artículo 1317 C. C., el cual establece:

El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, *salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación* [énfasis añadido].

De lo que se desprende que, si se conviene en contrario, sí se puede agravar el régimen de la responsabilidad del deudor. Dicho en otras palabras: si se acuerda que un supuesto específico no se considere fuerza mayor, el deudor se hace responsable del daño derivado en ese caso particular, no obstante, hubiera quedado liberado según los alcances del artículo 1315 C. C.

En la exposición de motivos se explica:

la estipulación —de ascendencia romana— se sustenta en el principio de la libertad de las convenciones, ya que no compromete el orden público. En estos casos el deudor desempeña, en cierta forma, el papel de asegurador, pues libera al acreedor de los riesgos. [...] Por tratarse de una regla excepcional, ella debe constar, en forma indubitable, en el contrato. (Osterling y Cárdenas, 1985, p. 445)

Una atenta doctrina observa que

esto significa, entre otras cosas, que, por convenio, las partes pueden moldear, según su conveniencia la noción de causa no imputable, de forma tal que absorba, por ejemplo, supuestos que no coincidan con la caracterización del artículo 1315 del Código Civil. (León, 2022, p. 149)

En el caso de ampliación de supuestos, se requiere de un análisis más fino, por cuanto, si implica, por ejemplo, casos que generan la excesiva onerosidad de la prestación, no se debe olvidar lo dispuesto en el artículo 1444 C. C., el cual recita que «Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación».

En la exposición de motivos se explica:

este numeral tiene excepcional importancia, pues está destinado a evitar que por acción del contratante de mayor poderío psicológico o económico se imponga la renuncia a la excesiva onerosidad de la prestación, lo que la dejaría en la mayor parte de las veces en la

condición de «letra muerta». Si la institución que hemos comentado está inspirada en razones de elemental justicia, resulta indispensable que esta prevalezca y no quede esterilizada por su renuncia previa¹⁰. (Arias Schreiber et al., 1985, p. 110)

Frente a ello, autorizada doctrina nacional expresa:

personalmente, no pienso que la acción por excesiva onerosidad de la prestación interese al orden público o a las buenas costumbres, ni proteja la más elemental justicia, pues simplemente significa la opción entre dos principios igualmente respetables, como son la estricta aplicación del *pacta sunt servanda* o su adecuación a la cláusula *rebus sic stantibus*. La recuperación del equilibrio contractual obedece a una política de paliar los efectos perjudiciales que puede sufrir el deudor por variación imprevista de las circunstancias, prefiriéndose la protección del deudor a la del acreedor¹¹. (De la Puente y Lavalle, 1993, p. 217)

10 En el mismo sentido, Lavalle (1991) afirma:

la excesiva onerosidad está inspirada en razones de justicia y por ello su renuncia previa es sancionada con nulidad por el art. 1444 del Código Civil Peruano. La persona perjudicada con la excesiva onerosidad puede no hacer valer su derecho, pero no puede renunciar a él. (p. 266)

11 En este mismo sentido, Oviedo (2004) opina lo siguiente:

consideramos que al único que le interesa alegar la excesiva onerosidad, como causal para pedir el reajuste de la prestación, es al contratante que eventualmente se pueda ver afectado con ella, y por consiguiente, sería un interés renunciante. En cuanto al hecho de que se pretenda proteger a dicho contratante, al asumir que la parte que está en posibilidades de imponer su poderío económico, y en consecuencia «obligar» a la otra a renunciar a su derecho a solicitar la correspondiente revisión ante la excesiva onerosidad, para ello estarían otro tipo de normas y reglas, tales como la anulabilidad por vicio en el consentimiento; la interpretación *contra proferentem*, que permite la interpretación de las cláusulas ambiguas en contra del predisponente, y en general todos los remedios para proteger a la parte que adhiere a un contrato de adhesión. (p. 605)

Sin embargo, se agrega:

esto no significa que yo esté en contra de lo dispuesto por el artículo 1444, pues considero que, si el legislador desea evitar que mediante la utilización de cláusulas de estilo se llegue a enervar la aplicación de determinadas instituciones, la manera más eficaz de hacerlo es declarando la nulidad de la renuncia a las acciones protegidas por dichas instituciones, como ocurre en los casos del error, el dolo, la violencia, la intimidación y la lesión. Por aplicación del inciso 7 del artículo 219 del Código Civil, la nulidad declarada por el artículo 1444 produce el efecto de invalidar, como si nunca hubiera existido, la renuncia general a la acción por excesiva onerosidad de la prestación. (De la Puente y Lavalle, 1993, p. 217)

En efecto, habría que preguntar si es que, de pactarse que el deudor quedaría liberado de responsabilidad en caso de una excesiva onerosidad, por considerarla dentro de la «cláusula de fuerza mayor», ello implicaría —si bien se trata de una posición más ventajosa para este— la renuncia tácita a la acción contenida en el artículo 1444 C. C., teniendo como contrapartida la asunción de este riesgo por parte del acreedor.

Considero que la respuesta correcta es la afirmativa y, dentro del ordenamiento jurídico nacional, esta cláusula contravendría el régimen de nulidades establecido en el Código Civil. En efecto, si bien el artículo 1317 C. C. regula la posibilidad de que el deudor pueda asumir responsabilidad por inejecución de las obligaciones, incluso por causas no imputables (lo cual reduce el espectro de la «cláusula de fuerza mayor»), entiendo que no se debería desnaturalizar el supuesto relativo a la excesiva onerosidad de la prestación —el cual implica primero el reajuste y, si no es posible, la resolución judicial (o arbitral)— y convertirlo en una «imposibilidad sobreviniente». El mandato imperativo de la irrenunciabilidad contemplado en el artículo 1444 C. C. implica que la regulación relativa a la excesiva onerosidad y, sobre todo, sus consecuencias jurídicas, no pueden ser alteradas por las partes.

Entiendo por ley imperativa al mandato de cumplimiento ineludible que, como su *nomen* lo indica, prevalece respecto a la autonomía privada.

La sanción si se pacta en contrario es la nulidad (Espinoza, 2025, p. 350). En efecto, el concepto de norma imperativa debe ser identificado con el de norma insustituible por la voluntad de los particulares, mas no debe ser, necesariamente, asimilado al concepto de orden público. El carácter de ineludibilidad (o de insustituibilidad) de una norma no coincide, forzosamente, con la idea de orden público (Lonardo, 1993, p. 137). El orden público es un conjunto de principios de diversa naturaleza (económicos, sociales, jurídicos, éticos, entre otros) que constituyen el pilar fundamental de la estructura y funcionamiento de la sociedad (Espinoza, 2025, p. 347). Sin ánimo de ser exhaustivo, existen disposiciones de orden público no imperativas (artículo 242.2 C. C.), de orden público imperativas (artículo 12 C. C.), así como imperativas que no son de orden público (artículo 1328 C. C.).

5.2. ¿Es válida una cláusula de *hardship* que modifique lo regulado en el artículo 1440 C. C.?

Una atenta doctrina nacional ha precisado que existe como remedio a la excesiva onerosidad de la prestación «un deber de renegociación a cargo de las partes que debe ser realizado conforme a la buena fe contractual» (Tamani, 2022a, p. 771). Más allá de la denominación que se le quiera dar a la cláusula (*hardship*, *sauvegarde*), en atención a la regla de la libertad, contenida en el artículo 2.24.a de la Constitución (que establece que «todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido»), no veo inconveniente alguno para que se pacte que, en caso de excesiva onerosidad de la prestación, siempre dentro de los alcances del artículo 1440 C. C., previamente, la parte afectada solicite la renegociación y la contraparte tenga la obligación de aceptar. En el caso de fracaso:

- i. La parte perjudicada puede solicitar al juez o al árbitro que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.
- ii. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez o árbitro decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

Téngase presente que pactar esta obligación de renegociación no desnaturaliza la regulación doméstica de la excesiva onerosidad de la prestación, más bien la refuerza, ello en aplicación del principio de conservación del contrato, delimitando además pautas de comportamiento entre las partes, basadas en el principio de la buena fe (artículo 1362 C. C.).

5.3. ¿Es válido incorporar una cláusula de *commercial impracticability* en un contrato doméstico en el cual se tengan que aplicar las leyes peruanas?

En otras palabras, ¿es posible transformar contractualmente la excesiva onerosidad de la prestación, de un remedio que consiste en la revisión del contrato a un supuesto de imposibilidad contractual? En este caso, la respuesta correcta es la negativa. Ello, partiendo de la premisa de que dicha transformación implica forzosamente la desnaturalización del modelo legislativo establecido en el Código Civil. El tratamiento de la excesiva onerosidad de la prestación en nuestro sistema es de carácter imperativo¹². Prueba de ello es la sanción de nulidad frente a la renuncia a este tipo de acción (*rectius*, pretensión), regulada en el artículo 1444 C. C.¹³.

La doctrina nacional entiende que

si el riesgo produce un desequilibrio que perjudica a la parte que podía prever la contingencia a menor costo, no debe permírtirsele liberarse de sus obligaciones tal como están pactadas (no podrá

12 En este sentido, Benavides (1990) afirma lo siguiente:

si las partes pactan la renuncia a la acción por excesiva onerosidad o una de ellas la formula unilateralmente, tal renuncia es sancionada por la ley con nulidad y se tiene por no puesta en el contrato ni incluida en el negocio. Las partes tienen también la posibilidad de pactar cláusulas de reajuste o de estabilización, o disposiciones conteniendo soluciones en caso de producirse la excesiva onerosidad. De producirse tales supuestos, obviamente las partes tienen una solución contractual para la excesiva onerosidad, por lo cual la acción judicial no tendría sentido, si la alteración entrara dentro del supuesto de estas cláusulas. (p. 313)

También Tamani (2022b, p. 780).

13 Así, en el sentido de que la nulidad constituye una protección al contratista afectado (Romero, 1985, p. 74.)

en su caso alegar ni la impracticabilidad comercial ni la excesiva onerosidad de la prestación). Por el contrario, si el desequilibrio perjudica a la otra parte, esta podrá alegar como defensa la impracticabilidad comercial o la excesiva onerosidad según corresponda. Esta posición implica que el standard de previsibilidad que se adopte debe contemplar el carácter asimétrico que pueda existir entre los costos que enfrenta cualquiera de las partes para adquirir la información relevante. (Bullard, 1993, p. 85)

Entiendo que este razonamiento solo sería aplicable —en nuestro sistema— respecto a la excesiva onerosidad, mas no a la impracticabilidad comercial, entendida como un supuesto de imposibilidad sobreviniente. En efecto, si bien la parte que «sufriría» la *impracticabilidad-excesiva onerosidad* renunciaría a la «acción» (*rectius*, pretensión), por una situación que la beneficiaría (extinción de la relación jurídica obligatoria por «imposibilidad sobreviniente»), la contraparte asumiría el riesgo del desequilibrio al liberarse al deudor (Trimarchi, 1991, p. 67), cosa que no sucede en circunstancias con «acontecimientos extraordinarios e imprevisibles».

5.4. Sobre la necesidad de internalizar los alcances (y las diferencias) de estas cláusulas a efectos de generar confusiones de alto riesgo... y costos

Un caso: la Sunat (Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria) suscribe un contrato con un consorcio para que le preste servicios de consultoría en el desarrollo, las pruebas y la puesta en producción del Sistema de Cuenta Única de Contribuyente - MVP1 y MVP2. Entre sus obligaciones estaba la de emplear y suministrar los expertos y los subcontratistas con experiencia que se requieran para la prestación de los servicios, con la aprobación previa de la entidad. En el contrato se pactó la siguiente cláusula:

17. Fuerza Mayor

a. Definición

17.1. Para los propósitos de este Contrato, «Fuerza Mayor» significa un evento fuera del control razonable de una Parte y que no sea previsible, sea inevitable y haga el cumplimiento de las obligaciones de una Parte imposibles o *tan imprácticas como se considere razonablemente según las circunstancias*, y sujeto a dichos requisitos, *incluyen, mas no se limitan* [énfasis añadido] a guerras, motines, disturbios civiles, terremoto, incendio, explosión u otras condiciones climáticas adversas, huelgas, cierres u otra acción de la industria, confiscación o cualquier otra acción por parte de agencias del Gobierno.

17.2. Fuerza Mayor no incluirá (i) ningún evento que sea ocasionado por negligencia o acción intencional de una Parte o de los Expertos, Subconsultores o agentes o empleados de esa Parte, ni (ii) ningún evento que una parte diligente podría haber previsto de otra manera razonable tanto para tener en cuenta en el momento de la Conclusión de este Contrato, como para evitar o superar el desempeño y cumplimiento de sus obligaciones según este Contrato.

17.3. Fuerza Mayor *no incluirá insuficiencia de fondos ni incumplimiento en hacer ningún pago requerido según este Contrato* [énfasis añadido].

b. Ninguna violación del Contrato

17.4. El incumplimiento de una de las Partes de cualquiera de sus obligaciones no será considerada una violación o incumplimiento según este Contrato, en la medida que dicha incapacidad surja de un evento de Fuerza Mayor, siempre y cuando la Parte afectada por dicho evento haya tomado todas las precauciones razonables, debido cuidado y medidas alternativas razonables, todo con el objetivo de cumplir con los términos y condiciones de este Contrato.

c. Medidas a Tomar

17.5. *Una Parte afectada por un evento de Fuerza Mayor continuará cumpliendo con sus obligaciones según el Contrato en la medida que ello sea razonablemente práctico* [énfasis añadido], y tomará

todas las medidas razonables para minimizar las consecuencias de cualquier evento de Fuerza Mayor.

17.6. Una Parte afectada por un evento de Fuerza Mayor deberá notificar a la otra Parte dicho evento tan pronto como sea posible, y en cualquier caso, no después de 14 días calendario siguientes al suceso, suministrará las pruebas de la naturaleza y causa de dicho evento, y dará aviso escrito de la restauración de las condiciones normales tan pronto como sea posible.

17.7. Cualquier período dentro del cual una Parte, según este Contrato, termine cualquier acción o tarea, será prorrogado por un período igual al tiempo durante el cual esa Parte no haya podido realizar tal acción como resultado de la Fuerza Mayor.

17.8. Durante el período de su incapacidad en prestar los Servicios como resultado de un evento de Fuerza Mayor, el Consultor, por instrucciones del Cliente deberá:

(a) desmovilizarse, en cuyo caso, se reembolsará al Consultor por concepto de costos adicionales en que razonable y necesariamente haya incurrido, y si así lo exige el Cliente, en reactivar los Servicios; o

(b) continuar con los Servicios en la medida razonablemente posible, en cuyo caso, se continuará pagando al Consultor de acuerdo con los términos y condiciones de este Contrato y se le reembolsarán los costos en que razonable y necesariamente haya incurrido.

17.9. En caso de desacuerdo entre las Partes en cuanto a la existencia o alcance de la Fuerza Mayor, el asunto será transado de acuerdo con las Cláusulas CGC 44 y 45. (Sunat, 2020, pp. 6-7)

En buena cuenta se trata de una cláusula de fuerza mayor, que amplía los alcances de la fuerza mayor ordinaria (contemplada en el artículo 1315 C. C.), comprendiendo un supuesto de «impracticabilidad», que —como se ha visto— *convierte* la excesiva onerosidad de la prestación en una imposibilidad sobreviniente, transformando así el remedio contemplado en el artículo 1440 C. C. (de reajuste de la prestación y, si

fuere el caso, la resolución judicial o arbitral del contrato) en uno en el cual el deudor tendría el derecho a la terminación anticipada del contrato. Ahora bien, el problema surge cuando el contratista argumentó que el cumplimiento de sus obligaciones se tornó impráctico por los efectos de la segunda ola de COVID-19, alegando lo siguiente:

- La Sunat requería prestaciones de mayor complejidad (para el desarrollo del *software*), lo cual significaba «mayor esfuerzo» (mayor inversión de tiempo y costos) por parte del consorcio.
- Las reuniones entre la Sunat y el consorcio (ceremonias) fueron empleadas para distintos fines por exigencia de la Sunat, con participación de terceros, y tuvieron una duración excesiva.
- Afectación del desempeño del equipo (por contagios, licencias, imposibilidad de conseguir reemplazos, proceso de *onboarding*¹⁴).
- Las exigencias de la Sunat complejizaron la ejecución del servicio, en tanto la especificidad y las funcionalidades del *software* al menos se duplicaron, lo cual generó que deba replantearse el planeamiento inicial, incurrir en reprocesos, así como duplicar el personal dedicado al proyecto para atender la mayor complejidad.
- Las reuniones con la Sunat para el desarrollo del *software* (ceremonias) se desnaturalizaron, dado que el tiempo estimado se duplicó por la participación de numerosas personas, inclusive terceros, así como la finalidad de las reuniones fue fiscalizar la actuación del consorcio.
- En este contexto en el que la metodología se distorsionó, los efectos de la segunda ola de COVID-19 generaron una situación crítica irreversible, lo que volvió impráctico que se continúe desarrollando el *software*.

El caso fue llevado a arbitraje. Mediante laudo en un proceso administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, del 20 de noviembre de 2025, se decidió lo siguiente:

14 El *onboarding* es un proceso de integración de un nuevo empleado en una empresa, que abarca más allá de la simple bienvenida y orientación inicial.

b) ¿La prestación se tornó impráctica?

2.69. ¿Qué debe entenderse por «impráctico»?

Debe advertirse que esta no es una causa de resolución prevista en la ley. Esto es relevante teniendo en consideración el principio de vinculación del contrato.

De acuerdo con este principio el contrato «tiene fuerza de ley entre las partes», no puede ser disuelto salvo por mutuo acuerdo (mutuo disenso) o «por causas admitidas por la ley».

La expresión *lieu de loi*, recogida en el artículo 1134 del *Code Napoléon*¹⁵ (1804), fue tomada de Domat y traducida como «fuerza de ley» por el Código Civil italiano de 1865 (art. 1123) y luego por el de 1942 (art. 1372). Ello también ocurrió en el artículo 1256 del Código Civil peruano de 1852. La expresión «fuerza de ley» tiene un sentido figurado o metafórico. En efecto, una interpretación *ad pedem litterae* implicaría que el contrato se asimila a la ley, lo cual no es correcto. Es el contrato y no la ley el que obliga a las partes. (De Nova, 2011, p. 221). Es el *pacta sunt servanda* de los romanos: las partes de un contrato deben cumplir lo acordado y de la forma acordada.

Del principio de vinculación (*pacta sunt servanda*) se ha deducido que las formas de resolución del vínculo deben ser consideradas como anómalas, irregulares y, por tanto, excepcionales. Según esta regla el contrato solo podría extinguirse por los casos previstos en la ley (además del mutuo disenso). Esta regla de la tipicidad de las causas de resolución pondría en discusión la posibilidad de recurrir a figuras no legisladas como, por ejemplo: la *frustration*, la presuposición o la *impracticability*.

2.70. Sin perjuicio de lo señalado, debe tenerse en cuenta que, en el presente caso, las propias partes han acordado la posibilidad de resolver el contrato cuando la ejecución de la prestación se torne «impráctica».

15 «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise [...]».

Al respecto, debe recordarse que la doctrina distingue las resoluciones voluntarias de las legales. Los mecanismos de resolución voluntaria extinguen los efectos del contrato en virtud de la voluntad negocial de las mismas partes. Esta voluntad puede ser externa al contrato objeto de resolución, como es el caso del mutuo disenso, que es un contrato ulterior y distinto de aquel cuyos efectos se extinguen. Puede ser interna al contrato, como en el caso de la condición resolutoria, donde el factor extintivo (hecho condicionante) está previsto en el mismo contrato cuyos efectos se extinguen. Puede ser, en parte interna y en parte externa caso del receso convencional que deja sin efecto el contrato gracias a una voluntad negocial interna al contrato (la cláusula de receso acordada por las propias partes) junto con una voluntad externa a dicho contrato (la declaración unilateral de quien recesa).¹⁶

2.71. Los mecanismos de resolución legal permiten la extinción del contrato solo porque la norma dispone que, en presencia de determinados presupuestos, el contrato se resolverá o podrá resolverse. Si no hubiera norma, si no se verificaran los presupuestos, el contrato no se resolvería, no sería resoluble. Están comprendidos los casos de recesos legales y todos los casos en los cuales la resolución tiene naturaleza de remedio contra factores de mal funcionamiento del contrato (por ejemplo, la resolución por incumplimiento).¹⁷

2.72. Teniendo en cuenta las razones de la resolución, esta puede ser remedial y no remedial. La resolución puede no tener naturaleza de remedio y, por tanto, responder a una lógica distinta a la de dar a una de las partes la posibilidad de liberarse del vínculo contractual frente a circunstancias que hacen injustificado mantenerlo vigente. La razón para la extinción de los efectos no remedial puede ser la actuación de un punto del programa contractual elaborado por las propias partes: la verificación de la condición resolutoria o el receso

16 Referencia propia del texto citado: «ROPP, Vincenzo. *Il contratto*. OB. CIT., pág. 939».

17 Referencia propia del texto citado: «LOC. CIT.».

convencional. También la facultad dada a la parte por la ley por razones de la necesidad de reaccionar frente a un malfuncionamiento de la relación contractual: es el caso de los recesos no remediales como es el caso de los recesos de liberación. O, finalmente, una autónoma manifestación de libertad contractual como en el caso del mutuo disenso.¹⁸

Tienen, en cambio, naturaleza de remedio las resoluciones que operan frente a circunstancias que determinan un mal funcionamiento del contrato perjudicial para una de las partes y así hacen injustificado frente a esta permanecer vinculada contractualmente.¹⁹

2.73. Las tres figuras generales de resolución-remedio son: resolución por incumplimiento, resolución por imposibilidad sobreviniente y resolución por excesiva onerosidad.

Como puede apreciarse, entonces, cuando se habla de resolución se comprenden diversos tipos, entre los cuales, puede haber resoluciones remediales o no remediales.

2.74. Como se aprecia entonces las partes pueden convenir la facultad de receso (receso convencional). El receso es el acto unilateral en virtud del cual una parte del contrato manifiesta su voluntad de dejarlo sin efecto. El receso es una de las causas admitidas por la ley para la disolución del vínculo contractual por iniciativa de una sola de las partes.

Teniendo en consideración el principio de la fuerza vinculante del contrato, el receso es un derecho potestativo atribuido a ambas partes o, bien, a solo una de ellas por la ley o por acuerdo de las partes, por tanto, el receso puede tener fuente legal (receso legal) o fuente convencional (receso convencional).

2.75. El titular del derecho potestativo de receso tiene la facultad de elegir entre ejecutar el contrato o no ejecutarlo. A la otra parte le corresponde una situación de sujeción; es decir, que solo le queda tolerar el ejercicio del receso, no se requiere su aceptación.

18 Referencia propia del texto citado: «IBIDEM, pág. 940-941».

19 Referencia propia del texto citado: «IBIDEM, pág. 941».

2.76. El derecho de receso puede ser ejercitado libremente (*ad nutum*)²⁰ o bien subordinado a la subsistencia de una justa causa; es decir, por una causa que lo justifique. En el caso del receso *ad nutum*²¹ la parte en cuyo favor es atribuido el derecho de receso, puede ejercerlo en cualquier momento y sin necesidad de justificar el receso.

El receso *ad nutum* es el acto jurídico unilateral en virtud del cual una parte del contrato dispone, sin necesidad de expresar una causa, su disolución²². También se conoce como «Terminación Anticipada por Conveniencia»²³.

El receso por justa causa, en cambio, solo se dará si se presentan determinadas circunstancias justificativas previstas específicamente por la ley o por las partes.

2.77. El ejercicio del receso supone la terminación anticipada del contrato. Se trata de un acto jurídico con efectos extintivos que se encuentra dentro de la categoría de los «negocios jurídicos de segundo grado» puesto que opera sobre otro negocio jurídico preexistente²⁴.

20 La expresión *ad nutum* es análoga a la expresión *ad libitum* y se utiliza para caracterizar una decisión que depende exclusivamente del arbitrio de una de las partes.

21 La cláusula de receso *ad nutum* equivale a la Termination for Convenience Clause (TFC) del derecho anglosajón.

22 Referencia propia del texto citado: «Se diferencia de la revocación en cuanto esta extingue los efectos de un acto jurídico unilateral (así, por ejemplo, la revocación de un poder) mientras que el receso los de un contrato. Al respecto ver SIRENA, Pietro. «Effetti e Vincolo». En: *Trattato del Contratto*. Diretto da Vincenzo Roppo. Tomo III. Milano: Giuffrè, 2006, pág. 114. En nuestro ordenamiento la única excepción es la revocación del contrato de donación (artículo 1637 del Código Civil)».

23 La cláusula de receso *ad nutum* equivale a la Termination for Convenience Clause (TFC) del derecho anglosajón.

24 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «En este sentido Tabellini citado por RAVERA, Enrico. *Il recesso*. Il Diritto Privato Oggi a cura di Paolo Cendon. Milano: Giuffrè, 2004, pág. 31».

En efecto, el receso es propio de las relaciones obligatorias contractuales con prestaciones de ejecución duradera y, precisamente, permite terminar de manera anticipada la relación contractual. El receso no tiene efectos retroactivos, de tal manera que no afecta las prestaciones ya ejecutadas.

2.78. El receso supone una declaración de voluntad de carácter recepticio, en principio, con libertad de forma²⁵, salvo que las partes hayan previsto una forma determinada²⁶.

2.79. El receso puede perseguir una pluralidad de funciones, en virtud de las cuales se distingue en: receso determinativo, receso impugnatorio o receso de arrepentimiento:

(i) La función determinativa es la que tiene el receso previsto en la disciplina de los contratos de duración a tiempo indeterminado. Así, es el caso del artículo 1365 del Código Civil:

«En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho».

(ii) La otra función que puede cumplir el receso es la de constituir un remedio para defectos genéticos o funcionales del contrato, especialmente cuando se refiere al equilibrio sinalagmático de las prestaciones (receso impugnatorio), tal como como el derecho de receso a favor del asegurador en el caso de declaraciones falsas o inexactas, o la facultad de receso en el caso de la imposibilidad parcial del contrato (artículo 1433 del Código Civil).

(iii) Finalmente, la tercera función es la del receso de arrepentimiento que reserva a una de las partes una nueva evaluación

25 Ver artículo 143 del Código Civil. En el caso del receso previsto en el artículo 1365 del Código Civil el aviso debe hacerse por vía notarial.

26 Ver artículo 1411 del Código Civil.

de la conveniencia del negocio. Este tipo de receso permite a su titular terminar anticipadamente el contrato porque ha perdido interés en su continuación (receso de arrepentimiento o *ius se poenitendi*). En este sentido Sirena señala: «El receso puede constituir el instrumento para reservar a una de las partes una nueva valoración de la conveniencia del negocio»²⁷.

2.80. En tal sentido, si bien el principio de vinculación del contrato podría excluir la aplicación de remedios no legislados como, por ejemplo: la *frustration*, la presuposición o la *impracticability*; lo cierto es que sí es posible que las partes se otorguen recíprocamente la facultad de recesar el contrato por una específica razón que ellas mismas acuerden (justa causa). En tal sentido, sería posible que las partes acuerden la facultad de recesar el contrato en presencia de una específica razón (justa causa) fuera de la cual el receso no se justificaría. Ello puede deberse a hechos sobrevinientes que modifican algún elemento significativo del contrato, colocando a las partes o a una de ellas frente a un vínculo contractual distinto al originalmente asumido.

2.81. Por lo expuesto, entonces, en opinión del Tribunal Arbitral sí es posible, en el ordenamiento jurídico peruano, que las partes acuerden la facultad de recesar el contrato en presencia de una específica razón (justa causa). Habrá que determinar si ello es posible cuando se torne «impráctica».

2.82. Las partes no han definido en el CONTRATO en qué casos la ejecución de la prestación se torne «impráctica». Las partes, pese a las reiteradas preguntas del Tribunal Arbitral no han sido precisas respecto a lo que debe ser entendido con dicha expresión²⁸. Ello obliga a recurrir a los criterios de interpretación con el fin de determinar cuál fue la común intención de las partes.

27 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «Sirena, Pietro. “Effetti e vincolo”. En: Ob. Cit., pág. 119».

28 Se verá esto más adelante.

La interpretación es la operación mediante la cual se le atribuye un significado a los signos que manifiestan la voluntad contractual, entendida como «voluntad común» de una determinada regulación contractual. Como señala Bianca: «La interpretación es la operación que determina el significado jurídicamente relevante del acuerdo contractual»²⁹.

2.83. Todo proceso de interpretación (proceso hermenéutico) se inicia con la interpretación textual o literal. Ello se explica porque las partes utilizan la palabra escrita para exteriorizar su voluntad. La interpretación literal es el punto de partida, pero no necesariamente el punto de llegada, puesto que será necesario contrastarlo con otros criterios de interpretación que pueden confirmar el significado obtenido por el criterio literal o cambiarlo.

Punto de partida es la interpretación textual o literal que se basa en la búsqueda del significado expreso de las palabras del texto y de sus conexiones sintácticas, según el código lingüístico compartido por la comunidad de parlantes a la cual pertenecen los contratantes³⁰. En efecto, las partes al redactar el texto del contrato utilizan el lenguaje natural.

No obstante, las partes no solo usan el lenguaje natural, sino que lo combinan con el lenguaje especializado.

2.84. Si se tiene en consideración el lenguaje natural, entonces, habrá que recurrir al Diccionario de la Lengua Española. En él se encuentra la palabra «impracticabilidad» que es definida como «cualidad de impracticable». Impracticable es un adjetivo que tiene dos acepciones: (i) «que no se puede practicar» y (ii) «dicho de un camino o de un paraje: por donde no se puede caminar o no se puede pasar sin mucha dificultad».

29 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tomo 3. OB. CIT., pág. 377».

30 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «En este sentido ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. OB. CIT., pág. 471. Igualmente, para SACCO y DE NOVA la interpretación textual abre el proceso hermenéutico (SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. IV edizione. Vincenza: UTET, 2016, pág. 383».

El término «impracticable» tiene como sinónimo la palabra «imposible».

2.85. Como se ha visto, la fuerza mayor definida en el numeral 17.1 del CONTRATO o hace imposible el cumplimiento o lo hace impráctico, pero de manera exclusiva; es decir, el deudor puede excusar su cumplimiento si la prestación se torna imposible o si su ejecución es impráctica.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que en el contexto del numeral 17.1 del CONTRATO no podría considerarse que lo «impráctico» es sinónimo de imposible puesto que, entonces, habría una redundancia. Lo «impráctico» debe ser entendido como algo distinto a lo «imposible».

2.86. La otra acepción de «impracticable» lleva al significado de «dificultad»; en tal sentido, podría entenderse que la prestación se torna «impráctica», no imposible, si existe una *difficultas prestando*. Esto debe ser analizado.

2.87. Ahora corresponde analizar el lenguaje especializado, vale decir, el Tribunal Arbitral debe recurrir al lenguaje jurídico para determinar cuál es el significado de «impráctico».

El término «impráctico» no aparece en el ordenamiento jurídico peruano, pero sí ha sido usado en el *common law* para describir las condiciones que excusan el cumplimiento (se disculpa el incumplimiento). Al respecto debe tenerse en cuenta que el CONTRATO es un modelo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Ello puede suponer que el término «impráctico» se ha usado, no en el lenguaje común, sino en el especializado.

2.88. La doctrina nacional sí ha hecho referencia a la «impracticabilidad comercial». En este sentido Bullard González la ha descrito de la siguiente manera³¹:

31 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Hay algo imprevisible? La excesiva onerosidad y la impracticabilidad comercial”. En: *Thémis, Revista de Derecho*. N.º 25, 1993, pág. 81».

«...figura del derecho norteamericano, y que es considerada una excusa de cumplimiento del contrato. Esta defensa está prevista en el Artículo Segundo, Sección 615 del Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos».

2.89. El § 2-615 del Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos dispone:

«(a) El retraso en la entrega o la falta de entrega de la totalidad o parte de las mercaderías por parte de un vendedor que cumpla con los párrafos (b) y (c) no constituyen violación de sus obligaciones derivadas del contrato de compraventa si la prestación pactada se ha convertido *impracticable* («impracticable») por un determinado acontecimiento cuando el contrato se hizo basándose en la suposición fundamental de que se produciría tal acontecimiento; o si se debe al cumplimiento de buena fe de cualquier regulación u orden nacional o extranjera aplicables, con independencia de que posteriormente se demuestre su invalidez»³² (cursivas agregadas).

Como se advierte el artículo citado hace referencia al término *impracticable* («impracticable»). No existe en el Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos una definición de «impracticable».

2.90. Los propios autores americanos reconocen la existencia de confusión en los términos³³:

32 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «*Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos*. Texto oficial. Estudio preliminar y traducción a cargo de José Ma. Garrido. Madrid: Marcial Pons, 2002, pág. 130».

33 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «PALMER, Vernon Valentine. “Excused performances: force majeure, impracticability and frustration of contract”. En: *The American Journal of Comparative Law*. Volume 70. October, 2022, pág. 171. “In the United States, a confusing array of terms, with overlapping meanings and uncertain applications, have been used to describe the conditions of excused performance. Courts and writers sometime refer to impossibility (objective or subjective), impracticability of performance, frustration of purpose, and *force majeure*”».

«En Estados Unidos, se ha utilizado una confusa variedad de términos, con significados superpuestos y aplicaciones inciertas, para describir las condiciones de cumplimiento excusado. Los tribunales y los autores se refieren en ocasiones a la imposibilidad (objetiva o subjetiva), la impracticabilidad del cumplimiento, la frustración del propósito y la fuerza mayor».

Como se aprecia a veces las cortes hablan de imposibilidad y, en ocasiones, de impracticabilidad como excusa del cumplimiento (*excused performance*).

2.91. Según explica Palmer, la noción de *impracticability of performance* fue admitida como una defensa más flexible y «suavizada» respecto a la imposibilidad especialmente objetiva³⁴. La jurisprudencia americana consideró que:

«Una cosa es imposible desde el punto de vista jurídico cuando no es practicable; y una cosa es impracticable cuando solo puede llevarse a cabo con un coste excesivo e irrazonable»³⁵.

Adviértase, entonces, que la «impracticabilidad» supondría que la prestación no es imposible, pero que su ejecución supondría «an excessive and unreasonable cost»; es decir, un costo excesivo e irrazonable, lo que lo identificaría con nuestra «excesiva onerosidad de la prestación».

34 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «PALMER, Vernon Valentine. “Excused performances: force majeure, impracticability and frustration of contract”. En: OB. CIT., pág. 172».

35 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «PALMER, Vernon Valentine. “Excused performances: force majeure, impracticability and frustration of contract”. En: OB. CIT., pág. 177. “A thing is impossible in legal contemplation when it is not practicable; and a thing is impracticable when it can only be done at an excessive and unreasonable cost” (“Una cosa es imposible desde el punto de vista jurídico cuando no es practicable; y una cosa es impracticable cuando solo puede llevarse a cabo con un coste excesivo e irrazonable”))».

2.92. El § 261 Restatement (Second) of Contracts señala:

«Cuando, después de celebrado un contrato, el cumplimiento por una de las partes se hace *impracticable* sin su culpa por la ocurrencia de un evento cuya no ocurrencia fue un supuesto básico sobre el cual se celebró el contrato, su obligación de realizar ese cumplimiento queda extinguida, a menos que el lenguaje o las circunstancias indiquen lo contrario»³⁶ (cursivas agregadas).

En los comentarios se señala³⁷:

«Por lo tanto, esta sección utiliza el término “impráctico”, empleado en el Código Comercial Uniforme § 2-615(a), para describir el grado requerido de impedimento para el cumplimiento. El cumplimiento puede ser impráctico debido a que implicaría una dificultad, un gasto, un perjuicio o una pérdida extremos e irrazonables para una de las partes».

2.93. Como se advierte el cumplimiento puede ser impracticable porque implica dificultades, gastos, daño o pérdida extremos irrazonables para una de las partes³⁸.

36 «Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary» («Cuando, tras la celebración de un contrato, el cumplimiento de una de las partes resulte impracticable, sin culpa alguna por su parte, debido a la ocurrencia de un acontecimiento cuya no ocurrencia era una premisa básica sobre la que se basó el contrato, su obligación de cumplir quedará extinguida, salvo que el texto o las circunstancias indiquen lo contrario»).

37 Referencia propia del texto citado: «<https://opencasebook.org/casebooks/11720-bruckner-howard-law-contracts-2024/resources/10.5.1-restatement-second-of-contracts-261/>».

38 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «PALMER, Vernon Valentine. “Excused performances: force majeure, impracticability and frustration of contract”. En: OB. CIT., pág. 180. “Extreme or unreasonable difficulty, expense, injury or loss to one of the parties”».

En tal sentido, en efecto el término «impracticable» en el lenguaje jurídico coincide con la acepción «dificultad» del lenguaje natural, pero no es una simple dificultad (*difficultas prestando*), sino que exige que ella se produzca porque la prestación solo puede ser ejecutada a un costo excesivo e irrazonable.

Es decir, debe tratarse de una «extraordinaria dificultad» de la ejecución de la prestación que se da en supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias del contrato que rompen el equilibrio contractual tal y como las partes lo acordaron, y suponen la excesiva onerosidad de una de las prestaciones

2.94. En tal sentido, en opinión del Tribunal Arbitral, teniendo en consideración que el CONTRATO se sujeta a ley peruana, la referencia a «impracticable» (utilizada en el modelo del BID) está comprendida en nuestra figura de la excesiva onerosidad prevista en el artículo 1440 del Código Civil.

2.95. De acuerdo con el Código Civil, la fuerza mayor es una excusa al incumplimiento del deudor. El deudor no ejecuta la prestación porque esta se torna —definitiva o temporalmente— imposible.

La excesiva onerosidad de la prestación, en cambio, no es un evento impeditivo. En la excesiva onerosidad de la prestación los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles no tornan imposible la prestación, sino que la prestación se torna excesivamente onerosa. El artículo 1440 del Código Civil señala:

«En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si *la prestación llega a ser excesivamente onerosa* por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles...» (cursivas agregadas).

2.96. La excesiva onerosidad, a diferencia de la fuerza mayor, no permite exonerar *per se* al deudor de la responsabilidad por incumplimiento. Más bien el deudor evitará incurrir en tal responsabilidad proponiendo el remedio contra la excesiva onerosidad de la prestación. Desde el momento de la demanda el cumplimiento de la prestación que se ha tornado excesivamente onerosa quedará en suspenso.

Para la excesiva onerosidad de la prestación, a diferencia de la fuerza mayor, el evento no es impeditivo³⁹; es decir, la prestación es posible. En efecto, el obstáculo para la ejecución de una prestación puede ser tal de no producir propiamente una imposibilidad, pero ser de tal intensidad que incida sensiblemente en el equilibrio económico del contrato⁴⁰.

2.97. Por lo tanto, la fuerza mayor y la excesiva onerosidad de la prestación son figuras que se excluyen (incompatibles)⁴¹. En el presente caso, el Tribunal Arbitral ha determinado que la prestación sí es posible, por tanto, podría haberse dado la excesiva onerosidad de la prestación.

2.98. Ahora bien, si la prestación «impráctica» es aquella que, siendo posible, solo puede ser ejecutada a un costo excesivo e irrazonable, entonces, se trataría del supuesto de la excesiva onerosidad. Cabe preguntarse, entonces, teniendo en cuenta que el CONTRATO se sujeta a ley peruana, si es jurídicamente posible considerar como una justa causa de receso la excesiva onerosidad de la prestación (la impracticabilidad) o, si por el contrario, para alegarla hay que remitirse a lo establecido en el artículo 1440 y siguientes del Código Civil.

2.99. Como se ha señalado la facultad de receso puede ser ejercida libremente (receso *ad nutum*) o subordinada a la subsistencia de una justa causa⁴² (receso por justa causa). La justa causa es el evento que legitima a la parte a la que le es atribuida la facultad de

39 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «DELFINI, Francesco. *Dell'impossibilità sopravvenuta*. Commentario fondato da Piero Schlesinger. Milano: Giuffrè, 2003, pág. 9».

40 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «CABELLA PISU, Luciana. *Impossibilità sopravvenuta*. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca. Bologna: Zanichelli, 2002, pág. 21».

41 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «Ver TERRANOVA, Carlo. *Leccesiva onerosità nei contratti*. Artt. 1467-1469. Milano: Giuffrè, 1995, pág. 115».

42 También se habla de «justos motivos».

receso ejercerla. La justa causa puede consistir en la verificación de determinadas circunstancias previstas por la ley o por el acuerdo de las partes⁴³.

Los eventos que constituyen justa causa pueden estar indicados de modo genérico; es decir, que no estén definidos expresamente así, por ejemplo, en el artículo 1769 del Código Civil. Ello obliga al juzgador, entonces, a evaluar el evento alegado como justa causa en caso de que una de las partes ejerza la facultad de receso⁴⁴.

2.100. Sin perjuicio de lo señalado, en el caso del receso convencional, las partes sí pueden definir expresamente el o los eventos que constituyen justa causa⁴⁵. Dichos eventos deben ser tales de justificar la atribución en cabeza de una de las partes la facultad de terminar anticipadamente el vínculo contractual.

La justa causa definida por las partes pueden ser eventos sobrevinientes que amenazan sus intereses contractuales así como eventos que tornan especialmente gravosa la prosecución de la relación obligatoria hasta su conclusión «natural»⁴⁶.

2.101. Corresponde determinar, entonces, si el cambio de circunstancias generado por un evento que reúna las características señaladas en el numeral 17.1 del CONTRATO que torne «impráctica» la prestación, puede ser considerado «justa causa» de receso.

Al respecto en opinión del Tribunal Arbitral ello supondría «una injustificada duplicación de medios idénticos» si, como se ha

43 Referencia propia del texto citado: «RAVERA, Enrico. OB. CIT., pág. 112».

44 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «RAVERA, Enrico. OB. CIT., pág. 122. BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1970, pág. 337. Así, se habla de “justa causa putativa” para referirse a la circunstancia erróneamente alegada como justa causa que no cumple con los requisitos objetivos requeridos».

45 Referencia propia del texto citado: «ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. OB. CIT., pág. 543».

46 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «MASSELLA DUCCI TERI, Niccoló. *Contributo ad una teoría generale del negozio di recesso*. Milano: Giuffrè, 2016, pág. 48».

visto, lo «impráctico» se identifica con la «excesiva onerosidad de la prestación» regulada en el artículo 1440 del Código Civil. Pero, además, alterando los remedios previstos para ella, convirtiéndolo en un remedio resolutorio y atribuyéndoselo a quien la ley no se lo confiere en el segundo párrafo del artículo 1440 del Código Civil.

2.102. En tal sentido, en opinión del Tribunal Arbitral lo «impracticable» supone la «dificultad» de la ejecución de la prestación, pero no es una simple dificultad, sino que exige que ella se produzca porque la prestación solo puede ser ejecutada a un costo excesivo e irrazonable. Teniendo en consideración que el CONTRATO se sujeta a ley peruana, la referencia a «impracticable» (utilizada en el modelo del BID) está comprendida en nuestra figura de la excesiva onerosidad prevista en el artículo 1440 del Código Civil.

2.103. En opinión del Tribunal Arbitral, no es posible considerar la «impracticabilidad» como justa causa o justo motivo de receso, por cuanto ello supondría «una injustificada duplicación de medios idénticos» (puesto que ya está regulada por el Código Civil), pero además supondría una alteración de los remedios previstos en el artículo 1440 del Código Civil.

2.104. En la medida en que el numeral 17.1 del CONTRATO amplía los alcances del artículo 1315 del Código Civil al incorporar a la «imposibilidad sobreviniente» la impracticabilidad, el Tribunal Arbitral considera necesario plantearse la siguiente pregunta: ¿es válida una cláusula de fuerza mayor que amplíe —o reduzca— los alcances del art. 1315 del Código Civil?

En opinión del Tribunal Arbitral, si se pacta que el deudor quedaría liberado de responsabilidad en caso de una excesiva onerosidad —entiéndase «impracticabilidad»—, por considerarla dentro de la «cláusula de fuerza mayor», ello implicaría —si bien se trata de una posición más ventajosa para este— la renuncia tácita a la acción, lo que contraviene lo previsto en el artículo 1444 del Código Civil.

2.105. En otras palabras, no es posible transformar contractualmente la excesiva onerosidad de la prestación —léase «impracticabilidad»—, de un remedio que consiste en la revisión del contrato, a un supuesto de imposibilidad contractual. Ello, partiendo de la premisa de que dicha transformación implica forzosamente la desnaturalización del modelo legislativo establecido en el Código Civil. El tratamiento de la excesiva onerosidad de la prestación en nuestro sistema es de carácter imperativo⁴⁷. Prueba de ello es la sanción de nulidad frente a la renuncia a este tipo de acción (*rectius*, pretensión), regulada en el art. 1444 del Código Civil⁴⁸.

2.106. Por lo expuesto, en el presente caso el incumplimiento del CONSORCIO no fue justificado, por tanto, se cumplieron los presupuestos para la resolución del CONTRATO; así, en opinión del Tribunal Arbitral, la segunda pretensión principal de la demanda es fundada.

De esta decisión, se puede concluir:

1. Las partes, en ejercicio de su autonomía privada, pueden acordar la facultad de recesar (es decir, terminar anticipadamente) el contrato en presencia de una específica razón (justa causa).
2. En la *impracticability*, la prestación no es imposible, pero su ejecución supondría un costo excesivo e irrazonable, lo que la identificaría —en el ordenamiento jurídico peruano— con la excesiva onerosidad de la prestación, regulada en el artículo 1440 C. C.

47 Referencia bibliográfica propia del texto citado:

En este sentido quien afirma que las normas sobre excesiva onerosidad son de orden público y no admiten pacto en contrario (BENAVIDES TORRES, Eduardo. *La excesiva onerosidad de la prestación*. Lima: Cultural Cuzco, 1990, pág. 312). También TAMANI RAFAEL, Carlos. «Definición, Comentario al art. 1444 C. C.». En: *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano*, dirigido por Juan ESPINOZA ESPINOZA, *cit.*, pág. 780.

48 Referencia bibliográfica propia del texto citado: «Así, en el sentido que la nulidad constituye una protección al contratista afectado (ROMERO ZAVALA, Luis. *Nuevas instituciones contractuales - Parte General*. Lima: Impresor Julio Ascencios E., 1985, pág. 74)».

3. Si bien las partes, siempre en ejercicio de su autonomía privada, pueden pactar una cláusula de fuerza mayor, esta no debe comprender un supuesto de excesiva onerosidad de la prestación. La fuerza mayor (regulada en el artículo 1315 C. C.) exonera al deudor de la responsabilidad por cumplimiento: esta consecuencia jurídica no le es reconocida a la excesiva onerosidad de la prestación. Por tanto, son categorías jurídicas que se excluyen mutuamente.
4. En nuestro ordenamiento jurídico, no se debería admitir un supuesto de «impracticabilidad», ya que —como se advirtió— se identifica con la excesiva onerosidad de la prestación, regulada en el artículo 1440 C. C. Su inclusión traería como consecuencia una injustificada duplicidad de medios idénticos, alterando el remedio de revisión del contrato, establecido por ley, en uno de carácter resolutorio.
5. El pactar que un supuesto de «impracticabilidad» integre la cláusula de fuerza mayor implicaría, no obstante, se trataría de una posición más ventajosa para el deudor, una renuncia tácita a la acción por excesiva onerosidad de la prestación, regulada en el art. 1444 C. C., que la sanciona con nulidad.
6. La transformación de la excesiva onerosidad de la prestación en un supuesto de «impracticabilidad» implica forzosamente la desnaturalización del modelo legislativo establecido en el Código Civil, el cual es de carácter imperativo.

6. CONCLUSIONES

- Resulta válido interpretar que las denominadas cláusulas de fuerza mayor económicas pueden tener un radio de comprensión más amplio que la fuerza mayor estándar, de tal manera que se pueden ensanchar las posibilidades de falta de responsabilidad del deudor por incumplimiento de sus obligaciones. Ello siempre y cuando nos encontremos frente a dos contratantes que son agentes con posiciones económicas similares y que no se trate de acuerdos manifiestamente irrazonables, de mala fe o inconcebibles.

- No obstante, se puedan acreditar hechos que impidan el cumplimiento de la obligación, el deudor deberá probar también que dichos hechos escaparon de su posibilidad objetiva de control, para el *common law*, bajo el parámetro de la razonabilidad.
- La nota característica de la lista de supuestos que integran la cláusula de fuerza mayor, elaborada en el 2020 por la Cámara Internacional de Comercio, es que se trata de presunciones *iuris tantum* establecidas contractualmente, que implican que el deudor está exonerado de demostrar el carácter sobreviniente e imprevisible del evento efectivamente realizado, cuando este coincida con aquellos indicados en el pacto, imponiendo al acreedor la prueba contraria. Es el acreedor el que debe acreditar que el evento invocado por el deudor está vinculado causalmente a la conducta de este.
- La cláusula de *hardship* confiere al deudor llamado a cumplir una prestación que se ha convertido en antieconómica, a causa de eventos excepcionales ajenos a su control, el derecho de suspender el cumplimiento y pretender de la contraparte una revisión de los términos del acuerdo.
- No obstante, esta figura se puede reconducir a la excesiva onerosidad de la prestación, esta cláusula tiene una regla distinta a la establecida en el artículo 1440 C. C., en el extremo que prevé *in primis* el recurso a la renegociación. En efecto, se trata de una exclusión o limitación convencional de responsabilidad contractual, porque impide la calificación en términos de incumplimiento por la omisión o el cumplimiento inexacto de una prestación que es materialmente posible.
- En el entendimiento del *civil law*, la excesiva onerosidad de la prestación tiene connotaciones distintas a la fuerza mayor. Dicho en otras palabras, los supuestos contenidos en los artículos 1440 C. C. y 1315 C. C. son de distinta naturaleza, con distintos remedios: la fuerza mayor genera la imposibilidad de la prestación por causa no imputable al deudor; en la excesiva onerosidad de la prestación, se puede cumplir con esta, pero resulta gravosa y, por ello, antieconómica para el deudor.
- En el *common law*, el principio que puede recabar es que las circunstancias económicas extremas no configuran fuerza mayor. El cambio

de las condiciones económicas genera el derecho a solicitar la renegociación del contrato y, si ello no es posible, resolver el contrato o, en todo caso, recurrir al juez o a arbitraje.

- Lo que diferencia la cláusula *hardship* de la excesiva onerosidad de la prestación (regulada en el artículo 1440 C. C.) es que, frente al mismo supuesto de hecho (prestación devenida en antieconómica por circunstancias extraordinarias, no imputables a quien la invoca), se establece —para la cláusula *hardship*— el deber de renegociación y, si ello no es posible, las opciones son varias y van, desde la resolución de la parte hasta la adaptación o resolución judicial o arbitral. En el caso del artículo 1440 C. C., la consecuencia es que la parte afectada acuda al juez o árbitro para que se haga el reajuste de prestaciones y, si ello no fuera posible, el juez o árbitro decidirá la resolución del contrato.
- La *impracticability* es un supuesto que se genera por un cambio sobreveniente de circunstancias que genera un desequilibrio de las prestaciones inicialmente pactadas entre las partes, que hace que una de ellas tenga una pérdida económica severa e irrazonable. Es considerada como una imposibilidad que hace que se extinga la obligación, de la parte afectada, de cumplir con su prestación.
- Para el *common law*, el hecho de que una de las partes no se beneficiara económicamente no imposibilita su cumplimiento. Tampoco una disminución en el precio de mercado de un producto sería considerada como «impracticabilidad comercial». La simple falta de recursos económicos tampoco constituye imposibilidad. Abona en la configurabilidad de la *impracticability* el criterio de la imprevisibilidad del evento que generaría la excesiva onerosidad o la antieconomicidad de la prestación.
- En el ordenamiento jurídico nacional, va inicialmente dicho que la *cláusula de fuerza mayor* solo tiene sentido si se aparta de los alcances de la fuerza mayor estándar regulada en el artículo 1315 C. C. Como ha sido visto, en los modelos ofrecidos por la CCI, aparte de la cláusula general de fuerza mayor, se enumeran una serie de supuestos específicos que operan como presunciones. Considero que, en ejercicio de la autonomía privada, se puede reducir el universo de supuestos que constituirían fuerza mayor, ello en atención al artículo 1317 C. C.

- En efecto, si se acuerda que un supuesto específico no se considera fuerza mayor, el deudor se hace responsable del daño derivado en ese caso particular, no obstante, hubiera quedado liberado según los alcances del artículo 1315 C. C.
- Habría que preguntar si es que, de pactarse que el deudor quedaría liberado de responsabilidad en caso de una excesiva onerosidad, por considerarla dentro de la «cláusula de fuerza mayor», ello implicaría —si bien se trata de una posición más ventajosa para este— la renuncia tácita a la acción contenida en el artículo 1444 C. C. (que establece que «es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación»), teniendo como contrapartida la asunción de este riesgo por parte del acreedor.
- Considero que la respuesta correcta es la afirmativa y, dentro del ordenamiento jurídico nacional, esta cláusula contravendría el régimen de nulidades establecido en el Código Civil. En efecto, si bien el artículo 1317 C. C. regula la posibilidad de que el deudor pueda asumir responsabilidad por inejecución de las obligaciones, incluso por causas no imputables (lo cual reduce el espectro de la «cláusula de fuerza mayor»), entiendo que no se debería desnaturalizar el supuesto relativo a la excesiva onerosidad de la prestación —el cual implica primero el reajuste y, si no es posible, la resolución judicial (o arbitral)— y convertirlo en una «imposibilidad sobreviniente». El mandato imperativo de la irrenunciabilidad contemplado en el artículo 1444 C. C. implica que la regulación relativa a la excesiva onerosidad y, sobre todo, sus consecuencias jurídicas, no pueden ser alteradas por las partes.
- Entiendo por ley imperativa al mandato de cumplimiento ineludible que, como su *nomen* lo indica, prevalece respecto la autonomía privada. La sanción, si se pacta en contrario, es la nulidad.
- Más allá de la denominación que se le quiera dar a la cláusula (*hardship*, *sauvegarde*), en atención a la regla de la libertad, contenida en el artículo 2.24.a de la Constitución (que establece que «todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido»), no veo inconveniente alguno para que se pacte que, en caso de excesiva onerosidad de la prestación, siempre dentro de los alcances del artículo 1440 C. C.,

previamente, la parte afectada solicite la renegociación y la contraparte tenga la obligación de aceptar. En el caso de fracaso:

- i. La parte perjudicada puede solicitar al juez o al árbitro que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.
 - ii. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez o árbitro decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.
- Téngase presente que pactar esta obligación de renegociación no desnaturaliza la regulación doméstica de la excesiva onerosidad de la prestación, más bien la refuerza, ello en aplicación del principio de conservación del contrato, delimitando además pautas de comportamiento entre las partes, basadas en el principio de la buena fe (artículo 1362 C. C.).
 - En nuestro ordenamiento jurídico, no se debería admitir un supuesto de «impracticabilidad», ya que —como se advirtió— se identifica con la excesiva onerosidad de la prestación, regulada en el artículo 1440 C. C. Su inclusión traería como consecuencia una injustificada duplicidad de medios idénticos, alterando el remedio de revisión del contrato, establecido por ley, en uno de carácter resolutorio.
 - El pactar que un supuesto de «impracticabilidad» integre la cláusula de fuerza mayor implicaría, no obstante, que se trataría de una posición más ventajosa para el deudor, una renuncia tácita a la acción por excesiva onerosidad de la prestación, regulada en el artículo 1444 C. C., que la sanciona con nulidad.
 - La transformación de la excesiva onerosidad de la prestación en un supuesto de «impracticabilidad» implica forzosamente la desnaturalización del modelo legislativo establecido en el Código Civil, el cual es de carácter imperativo.

REFERENCIAS

- Aceto Di Capriglia, S. (2023). Sopravvenienze contrattuali nel dinamismo della società globale: dalla crisi pandemica a quella energetica. La normazione internazionale e le diverse soluzioni nazionali. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (18), 762-811.
- American Law Institute (1981). *Restatement (second) of contracts* (vol. 2). American Law Institute Publishers.
- Arias Schreiber, M., Cárdenas, C. (colaborador) y Arias Schreiber, A. (colaboradora). (1985). Exposición de motivos y comentarios. Nulidad de la renuncia a la acción. En D. Revoredo (comp.), *Código Civil. Exposición de motivos y comentario* (vol. VI). Occurra Editores.
- Barchi Velaochaga, L. (2024). *Las obligaciones* (vol. 2). Instituto Pacífico.
- Benavides, E. (1990). *La excesiva onerosidad de la prestación*. Cultural Cuzco.
- Bullard González, A. (1993). ¿Hay algo imprevisible? La excesiva onerosidad y la impracticabilidad comercial. *THEMIS Revista de Derecho*, (25), 81-90.
- Chamie, J. F. (2010). Frustration of contract e impossibility of performance en el Common Law estadounidense. *Revista de Derecho Privado*, (18), 95-122.
- De la Puente y Lavalle, M. (1993). *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil* (vol. 15). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- De Nova, G. (2011). *II contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*. CEDAM.
- Espinoza Espinoza, J. (2023). *Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial* (5.ª ed.). Instituto Pacífico.
- Espinoza Espinoza, J. (2025). *Introducción al derecho privado. Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial* (5.ª ed.). Instituto Pacífico.

- García Long, S. (2025). Crónica de una convergencia inesperada. *Force majeure y hardship en los contratos internacionales*. En S. García (ed.), *Ensayos de derecho contractual comparado* (pp. 305-330). Grijley.
- Lavalle, E. (1991). *Contratos*. Ediciones Jurídicas.
- León Hilario, L. (2022). Inejecución de obligaciones por causas no imputables. Comentario al art. 1317 C. C. En J. Espinoza Espinoza (dir.), *Nuevo comentario del Código Civil peruano* (vol. 8, pp. 134-155). Instituto Pacífico.
- León Hilario, L. (2026). Giorgio de Nova. Memorias y reflexiones sobre la contratación en la teoría y la práctica. *Actualidad Civil*, (139), 65-91.
- Lonardo, L. (1993). *Ordine pubblico e illiceità del contratto*. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Osterling, F., y Cárdenas, C. (1985). Exposición de motivos y comentarios al Libro VI del Código Civil. (Las obligaciones). En D. Revoredo (comp.), *Código Civil V. Exposición de motivos y comentarios* (vol. V, p. 445). Industria Avanzada.
- Oviedo, J. (2004). Nulidad de la renuncia a la acción. Comentario al artículo 1444 C. C. En Gaceta Jurídica (ed.), *Código Civil comentado. Contratos en general* (vol. 8, p. 605). Gaceta Jurídica.
- Robert, J. (1978). Observations. *La Semaine Juridique*, 2.
- Romero, L. (1985). *Nuevas instituciones contractuales. Parte general*. Impresor Julio Ascencios E.
- Sirena, P. (2006). Effetti e Vincolo. En V. Roppo (ed.), *Trattato del Contratto* (vol. 3). Giuffrè.
- Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria. (2020). *Contrato para Servicio de Consultoría, N.º 02-2020-SUNAT-MSI derivado del proceso SPI N.º 001-2019-SUNAT/BID, Servicio de desarrollo, pruebas y puesta en producción del Sistema de Cuenta Única de Contribuyente - MVP1 y MVP2*. https://objectstorage.us-ashburn-1.oraclecloud.com/p/Dzntd99-p_tkMvf4fBb84XnTuATEnKS Vs5kmqURV5UKjaREd6MILflx6a30XDwUP/n/axx9tnhjsfw/b/BUCKET_PROD_SEACE/o/documentos/mon/docs/contratos/2020/203626/363958709062020161833.pdf

- Tamani, C. (2022a). Definición. Comentario al art. 1440 C. C. En J. Espinoza (ed.), *Nuevo comentario del Código Civil peruano* (vol. 9, pp. 752-778). Instituto Pacífico.
- Tamani, C. (2022b). Definición. Comentario al art. 1444 C. C. En J. Espinoza (ed.), *Nuevo comentario del Código Civil peruano* (vol. 9, pp. 785-788). Instituto Pacífico.
- Trimarchi, P. (1991). Commercial Impracticability in Contract Law: An Economic Analysis. *International Review of Law and Economics*, 11(1), 63-82.
- Venturelli, A. (2017a). Clausola di «forza maggiore». En Confortini, M., *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche* (t. 1). Milano.
- Venturelli, A. (2017b). Clausola di «Hardship». En Confortini, M., *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche* (t. 1). Milano.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Caso Mineral Park Land Co. vs. Howard. Corte Suprema de California (12 de marzo de 1916).
- Caso B's Company, Inc vs. B. P Barber & Associates, Inc. Cuarto Distrito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos (2 de febrero de 1968).
- Caso Georgia Power Company vs. Cimarron Coal Corporation. Sexto Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos (9 de diciembre de 1975).
- Caso Electricité de France vs. Société Shell Française. Court d'appel de Paris (28 de septiembre de 1976).
- Caso Hancock Paper Company vs. Champion International Corporation. Tribunal de Distrito de los Estados Unidos del Estado de Pensilvania (15 de noviembre de 1976).

Caso InterPetrol Bermuda Limited vs. Kaiser Aluminum International Corporation. Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Noveno Circuito (1 de noviembre de 1983, modificado el 27 de enero de 1984).

Caso Northern Illinois Gas Company (NI-Gas) vs. Energy Cooperative, Inc. (ECI). Tercer Distrito del Tribunal de Apelaciones de Illinois (27 de marzo de 1984).

Caso Nissho-iwai Co., Ltd., vs. Occidental Crude Sales, Inc. Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Quinto Circuito (23 de abril de 1984).

Caso Shell Oil Company y PPG Industries. Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, E. D. Louisiana (18 de diciembre de 1989).

Caso Board of Supervisors vs. McMahon. Tercer Distrito de Apelaciones del Tribunal de Apelaciones de California (29 de marzo de 1990).

Caso KN Energy, Inc. vs. FreePort-McMoRan, Inc. Corte de Apelaciones del Décimo Circuito (19 de agosto de 1991).

Caso Seaboard Lumber Company and Capital Development Company, Plaintiffs vs. United States. U. S. Court of Appeals for the Federal Circuit (12 de octubre de 2002).

Caso Exelon Generation Co. LLC. vs. General Atomics Technologies Corp. Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, ND Illinois, División Este (27 de marzo de 2008).

Caso Tandrin Aviation Holdings Limited vs. Aero Toy Store LLC. (ATS) e Insured Aircraft Title Service, Inc. Royal Courts of Justice (19 de enero de 2010).

Código Civil. Decreto Legislativo n.º 295 (24 de julio de 1984).

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1 de enero de 1988). <https://uncitral.un.org/sites/default/files/media-documents/uncitral/es/v1057000-cisg-s.pdf>

Energy Policy and Conservation Act. *United States Statutes at Large* (89 Stat. 871) (1975). <https://www.congress.gov/bill/94th-congress/senate-bill/622/text>

Internacional Chamber of Commerce Force Majeure and Hardship Clauses. (2020). ICC *Force Majeure Clause* («Clause») (*Long Form*). <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2020/03/icc-force-majeure-hardship-clauses-march2020.pdf>

Laudo arbitral. Cámara de Comercio Internacional (17 de enero de 2014).

Laudo arbitral. Pontificia Universidad Católica del Perú (20 de noviembre de 2025).

Opinión n.º 20 del Consejo Asesor de la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías (5 de febrero de 2020).

Uniform Commercial Code (1952).

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

El autor declara que realizó individualmente la búsqueda, la recopilación, el análisis, la interpretación crítica y reflexiva, y la redacción del contenido del presente trabajo.

Uso de herramientas de inteligencia artificial

El autor declara que no utilizó herramientas de inteligencia artificial (IA) en ninguna etapa de la elaboración del presente manuscrito.

Biografía del autor

Juan Alejandro Espinoza Espinoza es abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente es profesor principal de Derecho Civil en las universidades en mención. Ha laborado en entidades como Indecopi, donde ha sido vicepresidente del Tribunal de la Sala Especializada en Derecho del Consumidor; y Ositran, como presidente del Tribunal de Controversias, para luego desempeñarse como árbitro en la PUCP y en la CCL. Cuenta con una vasta investigación y producción jurídica como autor y director, muestra de ello es la quinta edición de *Introducción al Derecho Privado*, publicada en diciembre del año 2025.

Correspondencia

jaespino@pucp.edu.pe