

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**“LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y LA CLÁUSULA DE
HARDSHIP EN LOS CONTRATOS COMERCIALES
INTERNACIONALES”**

PEDRO JOSÉ CARRASCO SUÁREZ

DIRECTORA: CARMEN AMALIA SIMONE LASSO

QUITO, 2013

LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y LA CLAÚSULA DE HARDSHIP EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

Agradecimientos

*Agradezco a mis padres Antonio y Verónica,
a mis hermanos Daniel y Sebastián, y, a
Valentina, por su apoyo, cariño, paciencia
y fundamentalmente su amor durante
toda mi carrera y en la elaboración de éste trabajo.
Gracias! Esto es para ustedes.*

Dedicatoria

*Para mi familia y en particular para mi abuelo
René Carrasco Baquero, excepcional abogado
y persona de enorme corazón.
Mi principal inspirador para estudiar la
ciencia del Derecho.*

ÍNDICE

	Pág.
Abstract	IV
Introducción	VI
Capítulo I: Naturaleza Jurídica de los Contratos Comerciales Internacionales.....	1
1.1. Contrato.....	1
1.2. Contrato Comercial o Mercantil (Acto de Comercio).....	4
1.3. Contrato Comercial Internacional.....	10
1.3.1. Principios Rectores de la Contratación Comercial Internacional.....	21
1.3.1.1. Autonomía de la Voluntad.- Elección de Foro y Ley Aplicable....	21
1.3.1.2. Buena Fe Contractual.....	25
1.3.1.3. <i>Pacta Sunt Servanda</i>	26
1.3.1.4. Actuación con Debida Diligencia con Arreglo a la <i>Lex Mercatoria</i>	27
1.3.2. Cláusulas Contractuales.....	29
Capítulo II: La Teoría de la Imprevisión y la Cláusula de <i>Hardship</i>	34
2.1. Teoría de la Imprevisión.....	35
2.1.1. Antecedentes.....	35
2.1.2. Definición y Naturaleza.....	37
2.2. Cláusula de <i>Hardship</i>	42
2.2.1. Elementos que Configuran el <i>Hardship</i>	44
2.2.2. Efectos de la Aplicación de la Cláusula de <i>Hardship</i>	47
2.2.3. Tipos de Cláusulas.....	51
2.2.4. El <i>Hardship</i> en los Instrumentos Internacionales.....	54
2.3. Fuerza Mayor (<i>Act of God o Force Majeure</i>) y <i>Hardship</i>	59
2.4. Lesión Enorme.....	62
Capítulo III: Tratamiento, Aplicabilidad e Inclusión de la Teoría de la Imprevisión y la Cláusula de <i>Hardship</i> en el Ecuador.....	64
3.1. Dificultades en la Aplicación del <i>Hardship</i>	64
3.1.1. Determinación de la Excesiva Onerosidad.....	65
3.1.2. Determinación de la Imprevisibilidad y Grado de Diligencia Requerido.....	68
3.1.3. Asunción de Riesgos.....	70

3.1.4. Expectativas de Ganancia.....	73
3.1.5. Mitigación de Daños.....	74
3.1.6. Demoras en Fase Judicial o Arbitral.....	76
3.2. La Teoría de la Imprevisión y la Cláusula de <i>Hardship</i> en el Derecho Comparado....	77
3.2.1. Legislación.....	78
3.2.2. Jurisprudencia.....	86
3.3. La Teoría de la Imprevisión y la Cláusula de <i>Hardship</i> en el Ecuador.....	92
3.3.1. La Buena Fe como Medio para la Aplicación del <i>Hardship</i>	92
3.3.2. <i>Rebus Sic Stantibus</i>	94
3.3.3. Jurisprudencia.....	97
3.3.4. Reforma Legal.....	102
Conclusiones	105
Recomendaciones	116
Bibliografía	121
Anexos	125
Anexo I: Principios Unidroit Sobre Los Contratos Comerciales Internacionales. Comentarios.....	126
Anexo II: Convención De Viena 1980 Sobre La Compraventa Internacional De Mercaderías.....	138
Anexo III: Principios De Derecho Europeo De Los Contratos.....	139
Anexo IV: ICC <i>Hardship Clause</i> 2003.....	140
Anexo V: Resolución No. 3942001, Primera Sala CSJ, R.O. 524, 28 de Febrero del 2002. E.C. S.A. VS E.D. S.A. SEGUROS Y REASEGUROS.....	143

ABSTRACT

La Teoría de la Imprevisión y el *Hardship* tienen una misma fuente pero un desarrollo histórico diferente, por lo que bien cabe afirmar que en la actualidad han llegado a permearse en la práctica mercantil, y ser consideradas como iguales. Es por esto que a partir de ahora, me referiré indistintamente como Teoría de Imprevisión o *Hardship*, dado que tienen una misma aplicación y fin. Esta figura se utilizó y se la utiliza fundamentalmente con el propósito de moderar el rigor del Derecho Positivo y la acepción de que lo pactado en un contrato debe cumplirse a cabalidad (principio *pacta sunt servanda*), cuando devienen graves crisis políticas, económicas, técnicas, sociales, entre otras, y el cumplimiento de lo pactado se vuelve excesivamente oneroso, rompiendo así con el principio de conmutatividad o igualdad contractual.

Actualmente, los contratos comerciales internacionales conmutativos de tracto sucesivo o de pago diferido (algunas legislaciones prescriben que los contratos onerosos conmutativos aleatorios también pueden ser objeto para la aplicación de la Teoría de la Imprevisión o *Hardship*), incluyen una cláusula para asegurar la equidad entre las partes contratantes, y rige en ellas también el principio denominado *Rebus Sic Stantibus*. Este principio establece que las obligaciones derivadas del contrato, y que no se encuentran estipuladas en el mismo, son válidas y vinculantes para las partes, siempre y cuando se mantengan las circunstancias iniciales, bases del negocio jurídico, es decir, las razones por las cuales las partes manifestaron su consentimiento en la suscripción del mismo. La forma en la cual se presenta el principio *Rebus Sic Stantibus* en un contrato comercial internacional, es mediante la Cláusula de *Hardship*¹.

La Cláusula de *Hardship* consiste en otorgar a los contratantes una herramienta necesaria para preservar el negocio jurídico y que el contrato perdure a lo largo del tiempo, sin que las partes se vean afectadas por los cambios imprevistos y repentinos a las condiciones iniciales, en virtud de las cuales éstas prestaron su consentimiento. Así entonces, se establecen los mecanismos para que los contratantes tomen las medidas necesarias que den término a la excesiva onerosidad que afecta a una de ellas, las mismas que se aplicarán cuando el contrato aún se encuentra en etapa de ejecución, o se sometan a un proceso

¹ Cláusula de Excesiva Onerosidad o Imprevisión.

judicial o arbitral, en donde el tercero imparcial (juez o árbitro) decida en qué forma se llevará a cabo la ejecución del contrato con las nuevas circunstancias que sobrevinieron, o el monto por el cual se ordena que sea restituido a la parte afectada. Cualquiera que sea la medida tomada por el tercero imparcial, será con el fin de restablecer el equilibrio entre las partes y que exista una equivalencia en las prestaciones recíprocas.

INTRODUCCIÓN

Actos y contratos comerciales se celebran alrededor de todo el mundo en grandes cantidades, tanto en ámbito internacional así como en ámbito nacional. Dentro de cada uno de estos actos o contratos existe un ánimo por el cual las partes intervinientes han decidido suscribirlos, y en materia comercial, este ánimo siempre es el lucro². Debe tenerse en cuenta además, que inexorablemente viene implícito en ellos el principio de conmutatividad de las partes contratadas, esto es la equivalencia en cuanto al beneficio económico que deviene del resultado de los actos o contratos.

La Teoría de la Imprevisión o *Hardship* es la puerta de partida para que, en aquellos casos que susciten situaciones imprevistas en el desenvolvimiento de un contrato, y quiebren los principios de conmutatividad e igualdad, y la equivalencia ya mencionados, una de las partes o ambas, no sufran perjuicio económico por el cumplimiento del mismo. Para esto, se ha insertado en materia comercial internacional una cláusula que recoge la teoría mencionada para materializarla en los actos o contratos, denominada “Imprevisión Contractual”, “Excesiva Onerosidad”, “Salvaguarda Contractual” o “*Hardship*”.

Se debe tener en consideración además, que la Teoría de la Imprevisión o *Hardship* puede ser aplicada a nivel interno (es decir, cuando los actos o contratos no presenten ningún elemento de internacionalidad y, las partes contratantes, su domicilio, el objeto del contrato y el lugar de cumplimiento o ejecución del mismo, sean o se realicen en un solo país, bajo un mismo foro y ley aplicable, en nuestro caso, en la República del Ecuador), en contratos civiles y mercantiles, pues en ambos casos “*La obligación misma se presenta modernamente como noción de equivalencia*”³. Es por esto que, es de suma necesidad incluir en el ordenamiento jurídico ecuatoriano las pautas dentro de las cuales la Teoría de la Imprevisión puede aplicarse a los actos o contratos, civiles o mercantiles, para que, de esta forma, se preserven derechos y principios que fácilmente pueden ser transgredidos por un cambio de condiciones externas al acto o contrato que se pretende cumplir.

² El ánimo de lucro es el elemento subjetivo que caracteriza a los comerciantes y les da la calidad de tales, entendido como la intención que deriva de una actividad, de obtener provecho y apropiarse del objeto de contrato.

³ Fernando Fueyo Laneri. Derecho Civil. Tomo Cuarto. De las Obligaciones. Volumen I. Santiago de Chile, Universo S.A., 1958. p. 21.

Visto lo dicho anteriormente, es importante que la mencionada teoría sea socializada, es decir difundida en el público, y por tanto, las personas que elaboran los contratos comerciales y civiles sean éstos abogados, comerciantes o civiles, conozcan de este modo seguro para lograr minimizar el riesgo implícito en toda ejecución y cumplimiento de un contrato, y obtener mayor confianza en el ordenamiento jurídico que rige y condiciona al mismo.

De manera general, lo que pretendo alcanzar con la presente disertación, es el proponer la inclusión de la Teoría de la Imprevisión en la legislación ecuatoriana y fomentar el uso de la Cláusula de *Hardship* en los contratos comerciales, tanto nacionales como internacionales, para garantizar su seguridad jurídica, protección, conmutatividad, igualdad, equivalencia económica y costo razonable.

En primer término, para lograr alcanzar el objetivo propuesto, determinaré la naturaleza jurídica de los contratos comerciales internacionales haciendo un breve análisis de los contratos en general, para luego estudiar, igualmente de manera abstracta, los contratos comerciales, y así llegar con las bases sentadas a examinar los contratos comerciales a nivel internacional.

Posteriormente, determinaré la factibilidad de la propuesta mencionada con anterioridad, mediante el estudio sobre el tratamiento de los contratos comerciales internacionales en el Ecuador; y, de esta manera, se evidenciará la necesidad y la eficacia de la Teoría de la Imprevisión y de la Cláusula de *Hardship*, que tendrá en materia comercial en nuestro país.

Al concluir, será indiscutible que la aplicación de la Teoría de la Imprevisión o *Hardship*, garantiza de mejor manera la conmutatividad, igualdad, equivalencia, protección, la seguridad jurídica y el costo razonable de los contratos comerciales, tanto de los internos, como de los de carácter internacional.

Si en la base del negocio se produjera una alteración total e imprevista, que no hubiera sido considerada en el contrato, no sería de buena fe someter a la parte perjudicada, al cumplimiento de algo que se pactó bajo circunstancias totalmente distintas.

Enrique L. Abatti e Ival Rocca (h.)

CAPÍTULO I

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES.

El análisis de la Teoría de la Imprevisión y de la Cláusula de *Hardship*, se debe realizar de manera inductiva para una mejor comprensión del tema. Para esto, debemos empezar analizando los instrumentos en los cuales esta cláusula se plasma y se hace efectiva la Teoría de la Imprevisión. Por lo tanto, en el presente Capítulo se analizará a profundidad los contratos comerciales internacionales, es decir, sus usos, aplicaciones, objetivos, características, su relación causal con las partes contratantes, entre otras; en fin, se analizará la naturaleza jurídica de los mismos, desde la perspectiva de la legislación ecuatoriana y la doctrina en general.

1.1. Contrato:

De conformidad con el Código Civil, “*Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa*”¹. Cabe recalcar que cada parte puede ser una o muchas personas.

De la definición brindada por el legislador ecuatoriano, es importante analizar el término “obligación” que viene implícito en la misma, dado que, en todo contrato o negocio jurídico, una parte necesariamente contrae una obligación para con otra.

*La obligación derecho personal, es una relación jurídica que asigna, a una o a varias personas, la posición de deudores frente a otra u otras, que desempeñan el papel de acreedores y respecto de las cuales están obligadas a una prestación, ya positiva (obligación de dar o de hacer), ya negativa (obligación de no hacer); considerada desde el lado del acreedor, la obligación es un crédito; considerada el lado del deudor, es una deuda.*²

¹ Código Civil de la República del Ecuador. Art. 1454.

² Louis Josseland. Teoría General de las Obligaciones. Santiago de Chile, Editorial Parlamento Ltda., 2008. p. 7.

Ahora se debe tener en cuenta que el hecho por el cual el término obligación se encuentre inmerso en la definición de contrato del Código Civil, es porque las fuentes de las obligaciones en el Ecuador son: los contratos o convenciones (el Código Civil utiliza como sinónimos estos dos términos, cuando en realidad convención es el género y contrato la especie), cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y la ley. Dicho lo anterior, el Código Civil francés explica con mayor exactitud lo que es un contrato, mencionando que *“El contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan, frente a una u otras varias, a dar hacer o no hacer algo.”*³

Por lo tanto, como corolario final, contrato es una convención entre dos partes, siendo cada una de estas partes una o varias personas (jurídicas o naturales), que genera obligaciones de dar, hacer o no hacer entre ellas; teniendo así deudores y acreedores.

Existen requisitos de validez que deben tener todos los contratos, y estos son: la capacidad de las partes contratantes, que exista el consentimiento necesario por parte de los suscriptores para obligarse, y por último, que el objeto sobre el cual recae el contrato y la causa que motivó la contratación, sean lícitos.

Con respecto a la capacidad, el Código Civil ecuatoriano expresa que todas las personas son capaces, excepto aquellas quienes la ley declara como incapaces, y menciona a los impúberes, dementes y sordomudos que no se pueden dar a entender por escrito como incapaces absolutos, y, a los menores adultos, interdictos y las personas jurídicas como incapaces relativos. Luego, con respecto al consentimiento, se refiere a la manifestación de voluntad expresada por las partes para suscribir el contrato y de esta forma obligarse entre sí. El objeto es el hecho sobre el cual recae el contrato, es el dar, hacer o no hacer, y este debe ser física y moralmente posible. Por último, la causa es el motivo que impulsó a las partes a suscribir el acto. Si falta uno de estos elementos, si está viciado o es ilícito, entonces el contrato es absolutamente nulo.

Para comprender de mejor manera lo que se desarrollará posteriormente, se debe determinar las diferentes categorías de contratos, y las clasificaciones de ellos, que varían dependiendo de la legislación aplicable o en su defecto del autor o doctrinario que habla

³ Código Civil de la República Francesa. Art. 1101.

acerca de ellos. De manera general, las clasificaciones más comunes y aceptadas por la doctrina son:

1.- Contratos sinalagmáticos y contratos unilaterales: Los contratos sinalagmáticos o bilaterales son aquellos en los cuales las partes se obligan para con la otra, en una relación equivalente para ambas, es decir, existe reciprocidad en la relación jurídica. En cambio, en los contratos unilaterales las obligaciones están presentes para una sola parte del contrato, en tanto que la otra parte no está obligada, y por lo tanto, solo es beneficiaria.

2.- Contratos nominados o típicos e innominados o atípicos: Los primeros son aquellos que se encuentran regulados por disposiciones legales o en cuerpos normativos, en cuanto que los segundos no se encuentran regulados legalmente.

3.- Contratos a título oneroso y contratos a título gratuito: En los contratos a título oneroso, cada una de las partes se obliga con la otra a entregar una contraprestación, la misma que se puede valorar económicamente. Por otro lado, en los gratuitos, existe la disminución del patrimonio de una parte, y existe el aumento patrimonial de la otra parte de la relación jurídica; es decir, una parte contrae una obligación con la otra, sin recibir una contraprestación que se evalúe económica o patrimonialmente.

4.- Contratos de tracto sucesivo y de ejecución en un solo acto: En los primeros, las obligaciones se cumplen con el pasar del tiempo, es decir, se ejecutan por medio de prestaciones sucesivas; en cambio, las segundas se ejecutan y hacen efectivas en un solo acto.

5.- Contratos consensuales y reales: Los primeros son aquellos que se perfeccionan por el acuerdo y voluntad de las partes. Por otro lado, los reales son aquellos que se perfeccionan con la tradición de la cosa objeto del mismo.

6.- Contrato conmutativo y aleatorio: Ambos son parte de los contratos onerosos, y el primero se refiere a que las partes se obligan a efectuar prestaciones equivalentes. En cambio, el contrato aleatorio, parafraseando al Doctor Víctor Cevallos Vásquez, es el que

se encuentra condicionado al cumplimiento de un hecho incierto, por lo que no se puede evaluar el resultado en términos patrimoniales, es decir de ganancia o pérdida.⁴

7.- Contratos formales y solemnes: El contrato formal es aquel que debe observar una formalidad previa para su cumplimiento, pero cabe destacar que el incumplimiento de dicha formalidad no deriva en la inexistencia del acto jurídico, simplemente no tiene efectos sobre terceros. Por otro lado, el contrato solemne es aquel que se encuentra sujeto a una formalidad especial, cuya inobservancia deriva en que el contrato no tenga ninguna validez jurídica.

8.- Contratos principales y accesorios: El contrato principal es aquel que subsiste por sí mismo sin necesidad de que exista otra convención; en cambio, el contrato accesorio es aquel que se encuentra supeditado a la existencia de un contrato principal, sin el cual no pudiera subsistir, puesto que de manera general, los contratos accesorios buscan que se cumpla con una obligación estipulada en el principal.

Una vez desarrollado desde una amplia perspectiva lo que es un contrato dentro del Derecho Civil, sus elementos de existencia y validez, y las clasificaciones (necesarias por supuesto, dado que al conocer las clasificaciones, uno puede tener una percepción más amplia acerca de su naturaleza), podemos seguir adelante y definir al contrato que se suscribe o celebra en el ámbito comercial, de conformidad con la legislación ecuatoriana.

1.2. Contrato Comercial o Mercantil (Acto de Comercio):

Los actos de comercio y de manera concreta los contratos comerciales o mercantiles, son estudiados por el Derecho Mercantil y se regulan de conformidad con el Código de Comercio y demás normas afines, es por esto que se hace imperante conocer de qué se trata el mencionado Derecho Mercantil.

El Derecho Mercantil es una rama del Derecho Privado⁵, y en comparación al Derecho Civil, el Comercial es una disciplina nueva, que goza de autonomía legislativa (tiene su

⁴ Víctor Cevallos Vásquez. Apuntes de Clase “Derecho Mercantil”. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia. Segundo Semestre 2011-2012.

propia ley que es especial, distinta a la ley civil. Cabe mencionar que debido a la descodificación, las normas comerciales no sólo se encuentran en el Código de Comercio sino también en leyes tales como la Ley de Compañías, la Ley de Mercado de Valores, Código Orgánico de Regulación y Control del Poder de Mercado, entre otros), de autonomía doctrinaria (tiene un conjunto doctrinario especial y particular que le otorga una característica propia), de autonomía científica (se sustenta en una serie de principios, normas, conocimientos jurídicos que son producto de la experiencia, puesto que nace del derecho consuetudinario es decir la *Lex Mercatoria*⁶) y de autonomía didáctica (se estudia como un conjunto normativo especial), que estudia los hechos y actos regulados por las normas y leyes mercantiles. Nótese que se habla de Derecho Mercantil o Comercial indistintamente.

El campo de acción del mencionado Derecho Mercantil es el análisis y determinación de las relaciones jurídicas que se dan entre las personas, y la mercantilidad de los actos o contratos suscritos entre ellas. Para esto se debe analizar en primer lugar las partes intervinientes en los actos o contratos suscritos, y luego, las relaciones jurídicas o mercantiles que derivan de ellos. También hay que considerar la organización que los sujetos adoptan en el ejercicio del comercio, las entidades que coadyuvan al ejercicio del mismo, y, los instrumentos de pago que se usan para la circulación de la riqueza.

Adicionalmente, debido a que el Derecho Mercantil es, como ya se dijo previamente, una rama del Derecho Privado, debe ocuparse de regular la organización de la empresa, empresario, sus actividades, del ejercicio del poder de la empresa, relaciones jurídicas entre empresarios o no empresarios, y los medios utilizados por ellos en su giro de negocio.

Entonces, recogiendo todo lo expuesto con anterioridad, de forma general podemos decir que el Derecho Mercantil es una rama autónoma del Derecho Privado por tanto distinto al Derecho Civil, que contiene un conjunto de normas y principios que regulan actos, actividades, contratos, relaciones jurídicas mercantiles realizadas por intermediarios

⁵ Las dos ramas del Derecho Privado son el Derecho Civil y el Derecho Mercantil o Comercial.

⁶ *Lex Mercatoria* son las prácticas comerciales aceptadas por los sujetos que ejercen el comercio, que nacen de las normas, usos, actos y costumbres por ellos ejecutadas en el ejercicio de su profesión.

habituales o profesionales entre productores o consumidores, o aquellos que ejecutan actos de comercio ocasionalmente.⁷

*El derecho comercial tiene por objeto reglamentar un sector de la actividad económica, el comercio; los sujetos activos de comercio, la organización jurídica que estos adoptan, las personas e instituciones que los auxilian, los instrumentos de que se valen y la actividad que desarrollan.*⁸

De la definición citada, hay que hacer mención a la reglamentación de los instrumentos sobre los cuales se valen los sujetos activos de comercio, es decir los comerciantes o personas que no son comerciantes pero que realizan actos de comercio aislados (según la doctrina objetivista sobre la cual se hablará a continuación). Por lo tanto tenemos dos elementos predominantes, que son los comerciantes y los actos de comercio.

Dentro del Derecho Mercantil o Comercial, existen varias doctrinas acerca de su naturaleza, pero sólo analizaré tres que son las de mayor trascendencia, siendo éstas la subjetiva, objetiva y mixta. La doctrina subjetiva manifiesta que el Derecho Mercantil fue creado por los comerciantes, por tanto, es un derecho de ellos y para ellos, y por esto, los actos y la relación jurídica para que sean considerados o catalogados como mercantiles, deben tener como requisito *sine qua non*, el hecho de que al menos una de las partes intervinientes sea comerciante. Por otro lado, la doctrina objetiva no toma en cuenta la calidad de las personas que suscriben el acto o contrato, es decir, solo toma en consideración el acto que se efectúa *per se* y si este se encuentra dentro del ámbito del comercio, entonces se dice que el objetivo del Derecho Mercantil es el regular los actos de comercio. Por lo tanto, abre la posibilidad de que personas que no tengan la calidad de comerciantes puedan efectuar actos de comercio, y de esta forma estos puedan ser igualmente considerados como mercantiles, situación inconcebible por la doctrina subjetiva. En definitiva, de conformidad con la doctrina objetiva, la relación es comercial por declaración de la ley o por la naturaleza de ella. Por último tenemos la doctrina mixta, que se puede decir es una fusión de ambas, dado que además de tomar en cuenta la calidad

⁷ Véase: Víctor Cevallos Vásquez. Manual de Derecho Mercantil. Tomo I. Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, Quinta Edición, 2011.

⁸ Ricardo Sandoval, Manual de Derecho Comercial. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981 p. 28. En: Víctor Cevallos Vásquez. Manual de Derecho Mercantil. Tomo I. Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, Quinta Edición, 2011. pp. 15 – 16.

de los comerciantes y consecuentemente que los actos por ellos realizados son mercantiles, también considera la calidad de los actos *per se* y acepta la existencia de actos aislados de comercio realizados por no comerciantes.

El Código de Comercio de la República del Ecuador en particular, y las demás normas aplicables al comercio, recogen lo predicado por la doctrina mixta del Derecho Mercantil, y esto se evidencia a primera vista en el artículo 1 del primero, que prescribe lo siguiente: *“El Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles, y los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes.”*⁹

El artículo citado, expresa en su primera parte que se rigen las obligaciones de los comerciantes, por lo que queda de manifiesto lo dictado por la teoría subjetiva con respecto a que la mercantilidad de los actos y relaciones jurídicas se definen si es que una de las partes es comerciante¹⁰; y, por el otro lado, cuando el artículo menciona que rige también los actos y contratos comerciales aunque sean ejecutados por no comerciantes, entonces es evidente la aplicación de la teoría objetiva en nuestro sistema, al mencionar que la mercantilidad se define por los actos realizados por personas comerciantes o no comerciantes, por lo tanto acepta y recoge también a los actos de comercio aislados.

Luego también, el artículo 2 de la Ley de la materia, define a quienes se les debe considerar como comerciantes, y expresa lo siguiente:

*Se consideran comerciantes a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, domiciliadas en el Ecuador, que intervengan en el comercio de muebles e inmuebles, que realicen servicios relacionados con actividades comerciales, y que, teniendo capacidad para contratar, hagan del comercio su profesión habitual y actúen con un capital en giro propio y ajeno (...)*¹¹

Es importante recordar que una persona natural o jurídica es considerada comerciante en el Ecuador entre otros requisitos, cuando se encuentre domiciliada en el país, declaración que

⁹ Código de Comercio de la República del Ecuador. Art. 3.

¹⁰ La palabra comerciante se aplica a una especie de empresarios, personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, o de índole mixta, intermediarias entre productores y consumidores, que realizan de forma organizada esta actividad económica.

¹¹ Código de Comercio de la República del Ecuador. Artículo 2.

tendrá trascendencia en el presente trabajo. Pero se debe tener en consideración también, como ya se mencionó con anterioridad, para que una relación jurídica o acto de comercio sea considerado mercantil, no debe estar supeditado a que una de las partes sea comerciante.

Una vez analizado el concepto de comerciante que brinda el Código de Comercio, ahora se examinará a profundidad los contratos comerciales como actos de comercio, por lo que es de suma necesidad comprender qué es un acto de comercio bajo sus diversas acepciones y clasificaciones.

El acto de comercio fue un punto determinante en el proceso evolutivo del derecho comercial el cual se basó inicialmente en un criterio subjetivo (calidad del sujeto) y luego en uno objetivo (naturaleza del acto), cambio que venía gestándose desde las primeras etapas de su formación. En el comienzo era un derecho profesional o de clase, que surgió a partir de las prácticas contractuales reiteradas de los comerciantes, que buscaban soluciones prácticas a sus necesidades de negocios, creando instituciones y principios novedosos ante la rigidez e insuficiencia del derecho civil.¹²

No existe una definición concertada con respecto a lo que es un acto de comercio, de hecho podemos encontrar varias clasificaciones que determinan su naturaleza y formación, derivadas de las ya citadas doctrinas subjetiva y objetiva con respecto a la naturaleza del Derecho Mercantil. Dicho lo anterior, tenemos la concepción subjetiva de que un acto de comercio es catalogado como tal, cuando es realizado por un comerciante dentro del giro de su negocio. Es decir, si un comerciante realiza un acto que corresponda al giro de su negocio, entonces este acto es de comercio. Luego, la visión objetiva manifiesta que el acto de comercio es tal, dado que el legislador ha recopilado ciertos hechos que los considera como mercantiles, y los ha codificado en leyes de la materia; en conclusión, los actos son mercantiles cuando la ley así los declara. Lo cierto es que en el caso ecuatoriano se tiene en consideración las dos tendencias, pues se suponen como actos comerciales aquellos que realizan los comerciantes, y adicionalmente la ley prescribe una serie de actos jurídicos que los identifica como comerciales.

¹² Marcela Castro de Cifuentes, Derecho Comercial. Actos de Comercio, Empresas, Comerciantes y Empresarios. Bogotá, Editorial Temis, 2010. p. 2.

El Código de Comercio presenta una enumeración no taxativa ni restrictiva de actos que se consideran como comerciales y detallo a continuación:

Art. 3.- Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de alguno de ellos solamente:

- 1.- La compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas. Pertenecen también a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, más no las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieren comprado para su uso y consumo particular, para el de sus familias;*
 - 2.- La compra y la venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una sociedad mercantil;*
 - 3.- La comisión o mandato comercial;*
 - 4.- Las empresas de almacenes, tiendas bazares, fondas cafés y otros establecimientos semejantes;*
 - 5.- El transporte por tierra, ríos o canales navegables, de mercaderías o de personas que ejerzan el comercio o viajes por alguna operación de tráfico;*
 - 6.- El depósito de mercaderías, las agencias de negocios mercantiles y las empresas de martillo;*
 - 7.- El seguro;*
 - 8.- Todo lo concerniente a letras de cambio o pagarés a la orden, aún entre no comerciantes; las remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza;*
 - 9.- Las operaciones de banco;*
 - 10.- Las operaciones de correduría;*
 - 11.- Las operaciones de bolsa;*
 - 12.- Las operaciones de construcción y carena de naves, y la compra o venta de naves o de aparejos y vituallas;*
 - 13.- Las asociaciones de armadores;*
 - 14.- Las expediciones, transportes, depósitos o consignaciones marítimas;*
 - 15.- Los fletamentos, préstamos a la gruesa y más contratos concernientes al comercio marítimo;*
- y,*
- 16.- Los hechos que producen obligación en los casos de averías, naufragios y salvamento.¹³*

¹³ Código de Comercio de la República del Ecuador, artículo 3.

Esta enumeración se adoptó en el Código Napoleónico en primera instancia, y se ha calificado como no taxativa ni restrictiva, porque existen otros actos de comercio aparte de los citados, que no se encuentran recopilados por el Código de la materia y se encuentran en otras leyes aplicables a la misma, que han derivado de la costumbre mercantil o *lex mercatoria* (tema del que se habló a breves rasgos con anterioridad, y que será analizado en el siguiente punto), o que se encuentran recogidos en otros artículos, tales como “(...) *el arrendamiento mercantil, la cesión y transmisión de derechos previstas en el artículo 204 del citado código; lo referente a las tarjetas de crédito que no constan en el mentado cuerpo de leyes (...)*”¹⁴. Lo cierto en este caso, es que los actos son comerciales puesto que así lo ha considerado el legislador.

En fin, como ya se dijo con anterioridad, no existe una definición concertada sobre lo que es un acto de comercio o contrato comercial. Así la doctrina lo corrobora como a continuación cito:

*Como lo menciona GARRONE, a pesar de que han sido numerosas las tentativas para lograr una definición unitaria y general del acto de comercio sobre la base de conceptos extraídos de la economía política, todas ellas han resultado infructuosas. Ningún criterio logró vincular, mediante una nota o ligamen común, a todos los actos de comercio, y GARRIGUES sostiene que es menester renunciar a un concepto unitario. La doctrina finalmente, se ha limitado a clasificarlos en grupos afines o a mencionar las causas comercializadoras de los actos.*¹⁵

1.3. Contrato Comercial Internacional:

Analizadas las figuras de “contrato” y “contrato comercial” como acto de comercio, es indispensable señalar, para efectos de la presente investigación, qué es un contrato comercial internacional. Al entender del Dr. José Vicente Troya: “*El contrato es el instrumento jurídico principal de bienes, derechos y servicios en el orden internacional.*”¹⁶ Es decir que, en el comercio internacional tanto de bienes como de servicios, el contrato es

¹⁴ Víctor Cevallos Vásquez. Manual de Derecho Mercantil Tomo I. Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, Quinta Edición, 2011. p. 70.

¹⁵ Marcela Castro de Cifuentes, Derecho Comercial. Actos de Comercio, Empresas, Comerciantes y Empresarios. Bogotá, Editorial Temis, 2010. p. 9.

¹⁶ José Vicente Troya Jaramillo. El Carácter Internacional de los Contratos. Quito. Septiembre 2006. p. 1.

un acto indispensable para que exista el tráfico de los mismos, y se reduzca a escrito todo lo concerniente y necesario para que la relación contractual, en sus etapas de suscripción y ejecución, sea exitosa. Me explico, éste brinda seguridad jurídica a los suscriptores y les otorga prueba plena en caso de que exista un incumplimiento en el mismo, para acudir ante la autoridad competente y reclamar su cumplimiento o resolución, a lo que en el Derecho Civil se le conoce como condición resolutoria tácita.

El contrato internacional es el elemento principal de toda operación mercantil en la esfera mundial. De todos los actos comerciales a nivel internacional, la mayoría se realizan por empresas multinacionales o transnacionales, que por su magnitud y trascendencia suscriben en grandes cantidades actos jurídicos necesarios para el efectivo desenvolvimiento de su negocio. Una muy reducida cuota del total de los actos comerciales a nivel mundial, son los suscritos por los Estados y por personas naturales. Pero, se debe esclarecer que, los contratos comerciales internacionales suscritos cuando una parte es o ambas son Estados, no son contratos públicos. En estas situaciones, no se toma en consideración la calidad de las partes que intervienen en la celebración de los mismos, sino que se considera la relación jurídica que ocupan las partes en el acto y por el objeto del mismo (e.g. compraventa internacional de mercaderías, transferencia tecnológica, entre otros). Entonces, en esta clase de contratos, las personas públicas actúan con carácter privado y no tienen la facultad de ejercer el *imperium* del que gozan en caso de contratos públicos, por tanto las partes contratantes se encuentran en el mismo nivel sin existir jerarquías, condiciones preferenciales o cláusulas exorbitantes¹⁷. En definitiva, los contratos comerciales internacionales, son privados por naturaleza¹⁸, por lo tanto, la contratación comercial internacional es parte del estudio del Derecho Internacional Privado.¹⁹

La dificultad que presentan los contratos comerciales de carácter internacional, es que no existe un ordenamiento jurídico preestablecido o una norma obligatoria que regule su aplicación, dado que dentro de un solo acto confluyen variadas normativas tanto nacionales

¹⁷ Rompe con el principio de igualdad y equivalencia de las partes contratantes.

¹⁸ Véase: Alfonso Ortega Giménez. Guía Práctica de Contratación Internacional. Madrid. Editorial ESIC. 2009. pp. 23 y 24.

¹⁹ Tema que será desarrollado no de manera extensa, al hablar de de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos comerciales internacionales.

como extranjeras que constituyen *soft law*²⁰ (de hecho los contratos comerciales internacionales en sí constituyen *soft law*) o *hard law*²¹, costumbres mercantiles, jurisprudencia y laudos arbitrales, entre otros. Es por este simple motivo, que estos contratos son denominados como reglamentarios, puesto que se trata de cubrir y proteger la mayor cantidad de aristas posibles, para que no existan conflictos entre las partes. La mejor solución que se halló para las mentadas dificultades, es el permitir a estas ejercer con amplitud la denominada autonomía de la voluntad (sobre la cual se hablará en el siguiente punto), y así quedan facultadas para elegir el foro y la ley aplicable dentro de los cuales su relación contractual se regirá, determinando así la legislación que regulará la relación, y los jueces o árbitros que los juzgarán en caso de controversia (foro).

Cabe señalar que los contratos comerciales internacionales como tal constituyen *hard law*, en virtud del principio de que éstos son ley para las partes, es decir se convierten en vinculantes y coercitivos (características de la ley) para ellas al momento en que consienten y suscriben el mismo.

Otras dificultades que encontramos en los contratos internacionales, es la diferencia existente entre las partes que intervienen en la celebración del mismo, tanto por los regímenes legales por el que cada una se rige, mencionado precedentemente, como también por el desnivel económico que existe entre los países de los cuales provienen cada uno de los contratantes y entre ellos en sí. Además se debe también tener en consideración el medio ambiente político, puesto que esto también influye al momento de la redacción de un contrato. Otros elementos a tomar en cuenta es la experiencia en negociación de las partes o de sus representantes, el desarrollo tecnológico, cultural y de conocimiento del cual se pueden servir para el cumplimiento del objeto contractual, entre otros.²²

²⁰ *Soft Law* es el derecho que no es ni vinculante ni coercitivo, creado por medio de contratos y costumbres aplicadas por las empresas multinacionales o transnacionales en sus transacciones comerciales; o, por normas creadas por organizaciones internacionales. E.g. Principios UNIDROIT, los INCOTERMS expedidos por la Cámara de Comercio de París, que son normas convencionales o conjunto de términos que regulan las relaciones comerciales internacionales, y otros.

²¹ *Hard Law* es el derecho vinculante y coercitivo para los operadores comerciales internacionales, llámense empresas multi o transnacionales, personas naturales o estados. E.g. Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, Convenio de Varsovia sobre Transporte Internacional, entre otros.

²² Véase: Aníbal Sierralta Ríos. Negociación y Contratación Internacional (Teoría y Casos). Lima, Legis, 2007. p. 320.

Visto que la autonomía de la voluntad de las partes es amplia, y ellas pueden sujetarse a cualquier ordenamiento y jueces o árbitros que deseen, esto no ayuda a determinar la internacionalidad del contrato, por tanto debemos mencionar los elementos que otorgan al acto la calidad de internacional, sobre lo cual existen diversas teorías.

Como se mencionó anteriormente, contrato es la convención dentro de la cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer una prestación determinada; por otro lado, el término internacional, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, es “(De *inter-* y *nacional*). 1. *adj.* Perteneciente o relativo a dos o más naciones.”²³ Por tanto, haciendo nuestras las palabras del ya citado autor, Troya Jaramillo, “Si atendemos al origen de las palabras “contrato” e “internacional”, en un primer momento podríamos sostener que será internacional aquella estipulación pactada entre dos o más naciones que constituye fuente de las obligaciones (...)”²⁴ De igual manera, Alfonso Ortega Giménez manifiesta lo transcrito a continuación:

*(...) un contrato merecerá el calificativo de internacional cuando << no sea doméstico >>, esto es, cuando la relación jurídica que se deriva de él exceda de los límites del tráfico jurídico privado interno y se encuentre conectada con más de un ordenamiento jurídico estatal. Por tanto, cuando en esa relación jurídica esté presente algún elemento de los llamados de <<extranjería >>, ya sea objetivo (p. ej., la firma del contrato en un país extranjero) o subjetivo (p. ej., la nacionalidad el domicilio o la residencia habitual en un país extranjero de cualquiera de las partes contratantes) podemos hablar de un contrato internacional.*²⁵

Si bien es cierto lo que se acaba de citar de manera general, existen diversas tesis en las cuales se encuentran contenidos los elementos específicos que ayudan a determinar la pertenencia de una relación jurídica a dos o más naciones, y estas son las siguientes:

- Tesis Subjetiva: esta señala que existe un vínculo entre el estado y las personas sea natural o jurídica, partes del contrato; por tanto, este vínculo se determina

²³ <http://lema.rae.es/drae/> Acceso: 24 de septiembre de 2012.

²⁴ José Vicente Troya Jaramillo. El Carácter Internacional de los Contratos. Quito. Septiembre 2006. p. 2.

²⁵ Alfonso Ortega Giménez. Guía Práctica de Contratación Internacional. Madrid. Editorial ESIC. 2009. p. 23.

con la nacionalidad o el domicilio de las personas. Actualmente es muy difícil determinar la nacionalidad de la persona, puesto que existen casos en que estas tienen varias.

- Tesis Objetiva: según esta, la internacionalidad de los contratos se determina por elementos objetivos, como lo son el lugar de celebración, entrega, sede, dirección o por el objetivo *per se* del contrato.
- Tesis Residual: expresa que un contrato es internacional cuando no es nacional.
- Tesis Negativa: señala que no existen contratos internacionales, porque todo contrato tiene que sujetarse a algún ordenamiento jurídico determinado.
- Teoría del Contrato sin Ley: se aplica para el *common law*, puesto que en los sistemas de *civil law* siempre existirá una ley que lo regule o aspectos que se remitan a la ley (e.g. capacidad de las partes).

En fin, todas las tesis mencionadas son insuficientes porque no abarcan en su totalidad a las posibilidades existentes que puedan aplicarse de manera concreta y uniforme a los contratos comerciales internacionales, y dependerá de la legislación de cada estado o a los convenios a los cuales se sometan las partes de los contratos, para que se haga uso de una determinada tesis.

Por lo tanto, de manera más específica y ejemplificativa, los elementos que ayudan a determinar el carácter internacional de un acto de comercio son: que las partes de un contrato tengan cualquier tipo de relación con diferentes Estados, como puede ser el lugar de residencia, domicilio o de negocios (esto se determina dependiendo del ordenamiento jurídico sobre el cual se rige la relación contractual); que el objeto del contrato se ejecute en un Estado diferente al de su suscripción, como por ejemplo que la prestación del servicio o la entrega de los bienes se hagan en el extranjero; y, que los bienes sobre los cuales se celebró el contrato, se encuentren en un país distinto al de una o todas las partes contratantes.

Bajo esta misma línea, los diferentes tratados que existen en materia comercial tienen distintas maneras de calificar la internacionalidad de los contratos, es decir, no hay un consenso global sobre este debatido tema, razón por la cual se toman en cuenta diferentes elementos. Pero, ¿cuáles son los elementos considerados por los principales tratados, convenciones o normas internacionales relativas a materia comercial? A continuación los detallo:

- Convención de Roma: El llamado Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, es un tratado suscrito en el seno de la Comunidad Económica Europea que tiene como fin la unificación jurídica del Derecho Internacional Privado dentro de la Unión Europea. Pero, lo interesante de este es la universalidad que se le ha otorgado, puesto que en su artículo 2 menciona lo siguiente: “*Artículo 2 Carácter universal.- La ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante.*”²⁶ Este tema se tratará en el punto referente a la elección de foro y ley aplicable.

Esta Convención en su artículo 1 numeral 1 menciona que serán aplicables a la misma todas las obligaciones contractuales que comporten un conflicto de leyes, con excepción de las expresamente mencionadas en su artículo 1 numeral 2, tales como los testamentos o sucesiones, obligaciones derivados de letras de cambio, cheques, pagarés, o a la constitución de *trusts*, entre otras. No menciona cómo se determinará que un contrato es internacional de manera específica, sino que deja abierta todas las posibilidades al igual que los Principios UNIDROIT, que serán analizados posteriormente.

Los elementos de extranjería pueden ser: de carácter personal, por la participación de sujetos de diferente nacionalidad; territorial, cuando los contratantes tienen residencias habituales o establecimientos en diversos países o los contratos han de ejecutarse en país distinto al del domicilio de las partes; de carácter material, si el objeto del contrato se encuentra en el extranjero; y, de carácter legal, por la elección de ley por parte de los contratantes. Además pueden, en general, tener importancia la

²⁶ Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980. Artículo 2.

*ubicación de los bienes objeto del contrato y, los lugares de celebración, ejecución o cumplimiento del contrato y de destino de los bienes. Debe siempre existir, cuando se trata de elementos subjetivos como la nacionalidad, una conexión real de cumplimiento o ejecución en el extranjero.*²⁷

Gracias al denominado “carácter universal” de este tratado, cualquier comerciante proveniente de un estado que no sea parte de la Comunidad Económica Europea, está facultado para hacer uso del mismo, es decir al momento de la elección de la ley aplicable, puede expresamente determinar que las obligaciones de su contrato se regularán de conformidad con el Tratado de Roma.

- Convención de México de 1994: La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, suscrita en México, D.F., el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, directamente en su artículo 1 determina cuales son los elementos necesarios para establecer la internacionalidad del contrato, mencionando que se observará si la residencia habitual de las partes, o el lugar de su establecimiento se encuentran en estados diferentes, que sean parte de la Convención, “o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.”²⁸ En fin, la Convención de México, define que un contrato es internacional cuando tiene vínculos estrechos con más de un estado.

Es importante tratar de determinar con cuál estado se tiene los vínculos más estrechos, dado que en la misma Convención se menciona que el contrato se ha de regir por el derecho que las partes elijan, y, en caso de que esta elección sea ineficaz o simplemente no se la haya hecho, la ley aplicable será la del estado con el que el acto tenga vínculos más estrechos, y esto se determina analizando los elementos subjetivos y objetivos del mismo.

²⁷ Alfredo Grijalva Pabón, El Carácter Internacional de un Contrato, trabajo presentado en la asignatura de Derecho del Comercio Internacional, Maestría en Derecho Internacional Económico, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2004. En: José Vicente Troya Jaramillo. El Carácter Internacional de los Contratos. Quito. Septiembre 2006. p. 6.

²⁸ Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Artículo 1.

La República del Ecuador, aún no ratifica la presente Convención por lo que no se encuentra en vigor en nuestro país, sin embargo, su estudio es necesario para los fines de esta disertación.

- Principios de la UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales:
El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado UNIDROIT (por sus siglas en francés), fueron por primera vez publicados en el año de 1994, y lo que se pretendía realizar con los mismos, es unificar las reglas concernientes al Derecho Privado (dentro del cual se encuentra o se contiene el Derecho Comercial Internacional), que englobe la mayor cantidad de sistemas jurídicos existentes para que su utilización, soluciones y resultados sean lo más eficaces posibles y favorables para las partes que hagan uso de los mismos.

Se debe esclarecer que el uso de estos está supeditado a una cláusula contractual en donde se establezca que las relaciones del contrato se rigen por los Principios UNIDROIT, lo cual no quiere decir que no se pueda hacer uso también del Derecho Interno, o que el uso de estos sea parcial o total, es decir, que se apliquen los mismos solamente para ciertas cláusulas o para la totalidad del contrato respectivamente. Además, son también la mayor recopilación de la *Lex Mercatoria* que existe hasta el momento, por lo que al referirse que un contrato se regirá por esta, los Principios UNIDROIT intervendrán inmediatamente, como por ejemplo, cuando en un contrato no se determina o no se lo hace con precisión, cuál será la ley aplicable al mismo.

Por lo expuesto, el Preámbulo de los Principios UNIDROIT declara lo siguiente:

Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.

Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.²⁹

Con respecto al tema que nos concierne en este punto, esto es la internacionalidad de los contratos, los Principios UNIDROIT expresamente en su artículo 1 mencionan que, los elementos utilizados para determinar si un acto jurídico es o no internacional deben ser lo más amplios posibles, para que de esta manera, se excluya de las relaciones jurídicas que pueden aplicar esta recopilación, aquellas que prescindan en su totalidad de un elemento internacional. Entonces, el artículo mencionado se refiere a los mencionados elementos o características, y manifiesta que dependiendo de las legislaciones bajo las cuales se adopten, estos elementos serán: que el domicilio o la residencia habitual de las partes sean en distintos estados; que el acto jurídico ofrezca vínculos con más de un estado; que exista un conflicto de leyes; que la entrega de la cosa sea en un país del extranjero, entre otros.

Entonces, para finalizar y englobar lo antedicho, los Principios UNIDROIT no adoptan ninguna de estas interpretaciones, y se mantienen en la línea de que los mismos pueden ser aplicados en contratos que tengan el más mínimo síntoma

²⁹ Preámbulo Principios UNIDROIT.

de internacionalidad, y se excluyen para los contratos que no presenten ni un solo elemento de internacionalidad.

El motivo por el cual estos Principios no adoptan ninguna línea para la determinación de la internacionalidad de los contratos, es porque lo que se intenta con los mismos es, como ya se dijo con anterioridad, unificar la mayor cantidad de legislaciones posibles, en la materia de Derecho Privado, por lo que deja abierta la posibilidad de que se pueda determinar como internacional un acto jurídico por cualquier medio o elemento. Además, estos Principios constituyen normas de *Soft Law*, por lo tanto no son ni vinculantes ni de obligatorio cumplimiento (por tanto no son coercitivos), a menos que las partes los hayan pactado en el contrato.

Como comentario adicional, se debe destacar que la República del Ecuador no es miembro de este Instituto por lo que no formó parte en la unificación de los mentados principios, sin embargo, puede hacer uso de los mismos sin ninguna restricción.

- Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías: Esta Convención, tal como su nombre lo indica aplica para materias específicas, que en este caso son la “Compraventa Internacional de Mercaderías”, por tanto no es un tratado general con respecto a la materia como los anteriormente estudiados. Pero, tras su elevado uso y difusión, nos otorga otras perspectivas con respecto a la determinación de la internacionalidad de un contrato que necesariamente deben ser estudiadas. El artículo primero, de forma inmediata esclarece cuáles serán las relaciones jurídicas que van a ser consideradas como internacionales dentro del presente Convenio:

Artículo 1

- 1) *La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:*
 - a) *cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o*

b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.

2) No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

3) A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.³⁰

De una simple lectura al artículo citado, ya se puede hacer un análisis relacionado con lo desarrollado hasta este momento en cuanto a los contratos comerciales internacionales. Lo primero que prescribe es que la Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías de forma restrictiva a las partes que tengan sus establecimientos en diferentes estados (que sean suscriptores de la Convención), es decir que sus locales comerciales o lugar de negocios, no se encuentren en la misma circunscripción territorial nacional. Pero establece una excepción a la regla, la misma que menciona que no se tendrá en cuenta el establecimiento de las partes cuando en el contrato o documentos precontractuales no se lo determine expresamente. Además, también excluye de forma expresa cualquier determinación de la internacionalidad con respecto a la nacionalidad de las partes, o el carácter del contrato sea civil o mercantil.

Adicional y concordantemente a lo anterior, en caso de que una o las partes tengan más de un establecimiento en distintos estados, para efectos de la aplicación de la Convención, se tomará en cuenta aquél que tenga o presente mayor relación con el contrato o negocio jurídico suscrito para el efecto. En el caso de que una o las partes no tenga lugar de establecimiento, el lugar de residencia habitual será el tomando en cuenta para determinar la internacionalidad del contrato.

³⁰ Convención de Viena 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías. Artículo 1.

Como se ha visto durante el desarrollo, esta Convención se aplica para un acto específico dentro del comercio internacional que es la compraventa de mercaderías, y si bien es el más común, no es la única transacción dentro del amplio espectro del comercio como se vio en el punto relativo a los actos de comercio.

La República del Ecuador es signataria y ha ratificado la presente Convención, por lo que ha pasado a formar parte de nuestra legislación desde 1992.

1.3.1. Principios Rectores de la Contratación Comercial Internacional.

De todos los principios existentes aplicables a la Contratación Comercial Internacional, existen cuatro de ellos que son los denominados rectores, es decir aquellos que se aplican ineludiblemente en todas las relaciones jurídicas de esta naturaleza, y se deben observar a cabalidad por las partes integrantes de toda relación comercial a nivel internacional, debido a que, entre otras cosas, permiten interpretar la voluntad de los contratantes, y resolver los conflictos que se generen dentro de la relación de la manera más justa y favorable para las sujetos involucrados. A continuación los enuncio.³¹

1.3.1.1. Autonomía de la Voluntad.- Elección de Foro y Ley Aplicable.-

¿Para qué sirve determinar si un contrato es o no internacional? La respuesta a esta pregunta, y al mismo tiempo, la justificación de lo previamente mencionado con respecto a los contratos comerciales internacionales, deviene de la simple necesidad de conocer cuál es el foro y la legislación aplicable en un acto comercial, para brindar seguridad jurídica a las partes y que ellas estén conscientes que, en caso de controversia, no existirá conflicto de leyes o de competencia que puedan retardar la resolución del mismo. Digo conocer, puesto que en contratación comercial, los operadores

³¹ Véase: Alfonso Ortega Giménez. Guía Práctica de Contratación Internacional. Madrid. Editorial ESIC. 2009. p. 23.

(comerciantes) tienen una amplia autonomía de la voluntad que les permite elegir indistintamente la ley aplicable que regirá el contrato y el foro, esto es la jurisdicción ante la cual se someterán las partes en caso de controversia. Entonces, dicho de otra manera, la autonomía de la voluntad de las partes en ámbito internacional es mayor que en ámbito interno, justamente por el hecho de que pueden elegir jurisdicción (elección del foro) y la ley aplicable para dar solución al conflicto.

En caso de que no se haya determinado ninguno de estos dos elementos, se debe precisar a qué ordenamiento jurídico tiene el contrato vínculos más estrechos; y, en caso de que exista ley aplicable y en ella exista un vacío al respecto, el juez debe cubrir este vacío con las normas que él considere pertinentes. Además, también existen el resto de principios de contratación comercial internacional tales como la buena fe, el *pacta sunt servanda*, la aplicación de la *lex mercatoria* (sobre los cuales se hablará más adelante), y subsidiariamente el principio de conmutatividad y la existencia de los documentos pre contractuales (actas de negociación, correos electrónicos, faxes, cartas, etc.) Estos principios y documentos son herramientas útiles para que en última instancia, se pueda determinar la verdadera voluntad de las partes con respecto a la elección de foro y ley aplicable.

La mentada autonomía de la voluntad se divide en dos clases, en autonomía material, que significa que las partes pueden dar el contenido que deseen al contrato (no nos olvidemos que son contratos reglamentarios), siempre y cuando no contravengan el orden público³². Tal es el alcance de esta, que la doctrina internacional menciona que los contratos pueden regirse por leyes derogadas inclusive, siempre con la condición de que no contravengan el orden público. La segunda clase es la autonomía conflictual, y se refiere a que las partes pueden elegir el foro o jurisdicción al que se someterán en caso de conflicto. Lo cual es completamente válido en todo lo concerniente

³² El orden público en ámbito interno se determina en la Constitución, en tanto que el orden público en ámbito internacional se encuentra determinado en los tratados internacionales, lo deviene en que la regulación de la autonomía de la voluntad en estos sea mínima.

a materia comercial, no así a otras materias tales como laborales o penales que casi en su totalidad no son susceptibles de transacción.

Concordantemente a lo afirmado con anterioridad, el Derecho Internacional Privado, además de estudiar el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, la nacionalidad y la condición jurídica de los extranjeros, también es:

*(...) el conjunto de normas que tiene por objeto determinar, en las relaciones de derecho privado, la jurisdicción competente y la ley aplicable cuando esas relaciones jurídicas no se presentan sometidas a un solo Estado, sino vinculadas con dos o más, a causa de que las personas, las cosas o los derechos en cuestión tienen nacionalidad, domicilio o sede que dependen de más de un Estado.*³³

En corroboración a lo mencionado en el párrafo inicial, la cita claramente expresa que se debe determinar la jurisdicción y ley aplicable a relaciones jurídicas que presentan elementos de internacionalidad, y así, tácitamente confirma la existencia de una amplia autonomía de la voluntad de las partes.

Centrándonos por un momento en el foro, “(...) *jurisdicción internacional es el poder del Estado para juzgar controversias relativas a contratos que, por contener algún elemento extranjero significativo, son considerados internacionales.*”³⁴ Pero, para aplicar lo anterior, primero se debe tener en consideración que no existe uniformidad en las legislaciones acerca de cómo se debe determinar cuál estado es competente para conocer sobre un conflicto derivado de un contrato comercial internacional. De hecho, también suelen existir conflictos cuando los actos se remiten a los convenios internacionales, puesto que cada Estado puede tener a su haber suscritos dos o más convenios que, cómo se vio con anterioridad, no existe consenso en ellos acerca de cuál método es el más apropiado para determinar la internacionalidad de un acto jurídico, por ende tampoco existe consenso en

³³ Héctor Vázquez Ponce. Derecho de los Negocios Internacionales. –Parte General–. Buenos Aires. Editorial AD-HOC. Septiembre 2001. p. 19.

³⁴ *Ibíd.* p. 21.

los procedimientos para determinar cuál es el Estado competente para conocer una causa, o, como lo menciona Vázquez Ponce, para establecer la jurisdicción internacional.

Es por esta falta de unificación y consenso el motivo por el cual, la mejor solución para este conflicto, fue dejar en manos de la voluntad de las partes y aceptar la libre elección del derecho aplicable. En consecuencia, si en el acto jurídico se encuentra expresamente determinado el foro, no cabe duda de cuál es el Estado competente para conocer la causa en caso de conflicto.

Ahora, centrandó nuestro análisis en la legislación aplicable, el ya citado Vázquez Ponce expresa que “*La ley aplicable en relación con un contrato internacional regulará su validez intrínseca y sus efectos, esto es, las obligaciones creadas, modificadas, transmitidas o extinguidas por el contrato*”³⁵. De manera general, la legislación aplicable se la elige dependiendo del objeto del contrato que se suscriba, por ejemplo, en el Derecho Internacional Privado se acordó que, en caso de que el objeto del contrato sea un bien inmueble, entonces la ley aplicable será la del lugar de la cosa o *lex rei sitae*; pero, no existe consenso con respecto a los bienes muebles, y hay variadas tesis de que la ley aplicable es la del lugar donde se encuentra el bien a la suscripción del contrato, o la del lugar donde será la entrega de la cosa, lo cierto es que en este tema es de suma necesidad determinar con claridad en el contrato cual será la ley aplicable. Por último, con respecto a la ley aplicable en temas de capacidad y forma del contrato, existen igual ciertos elementos que se deben tener en consideración para su determinación, por ejemplo que se rige por la ley del lugar de celebración del contrato, o la del lugar de domicilio o sede de dirección efectiva de los contratantes, o por la ley del lugar donde se encuentre el bien. Es decir, tampoco existe un consenso, pero se recomienda que al elegir la ley aplicable, sea una sola para todos los casos (objeto, capacidad y forma) y no distintas para cada uno.

³⁵ *Ibíd.* p. 25.

1.3.1.2. Buena Fe Contractual.-

Este es un principio fundamental y universal en todo ordenamiento y relación jurídica, pues *“se muestra como vehículo que facilita la socialización del Derecho, en la necesidad de restar eficacia a los rígidos principios del individualismo jurídico plasmado en los clásicos principios (...)”*³⁶.

Muchas veces el anacronismo de ciertos principios o normas generan divergencias en las relaciones jurídicas que se desarrollan en la sociedad, por lo que el principio de buena fe es la expresión de la moral, buenas costumbres, usos sociales, entre otras, que canalizan estas divergencias al sentido que la lógica, honorabilidad, veracidad, honestidad, lealtad dictan en la relación en conflicto.

De modo que dentro de la corriente contemporánea del pensamiento jurídico que domina la doctrina y la jurisprudencia, en el amplio arbitrio del juez, campea en el comercio jurídico la buena fe, para atenerse a la realidad de lo convenido, según una fina apreciación de las circunstancias del caso, para alcanzar la auténtica expresión de la voluntad de las partes.

*Ha de ajustarse la interpretación, por ende, a las valoraciones que objetivamente consagra la comunidad exteriorizada en las buenas costumbres y usos sociales; dejándose de lado toda interpretación ceñida a las palabras de índole exclusivamente literal y formalista.*³⁷

Dentro de la legislación ecuatoriana, concretamente en el Código Civil en su artículo 1562, se consagra el principio de buena fe, en la siguiente manera: *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la*

³⁶ Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo II, B – Cla. “El Principio de la Buena Fe”.

³⁷ *Ibíd.*

costumbre, pertenecen a ella.”³⁸ Adicionalmente, los Principio UNIDROIT en sus artículos 5.1.1 y 5.1.2, expresan que las obligaciones contractuales entre las partes pueden ser implícitas o expresas; y, que pueden ser implícitas entre otras razones por la buena fe y la lealtad negocial.

En los capítulos que siguen se ahondará un poco más acerca de la buena fe con respecto a la Teoría de la Imprevisión como interpretación contractual.

1.3.1.3. Pacta Sunt Servanda.

El referido principio es una expresión latina que se traduce en “lo pactado obliga”. Con sus raíces romanas, este fue utilizado originalmente en el Derecho Civil y luego también en el Comercial, con el fin de que se debía cumplir a cabalidad lo pactado entre dos personas, sin importar las circunstancias. Más adelante, con el desarrollo del Derecho Internacional, el *pacta sunt servanda*, comienza aplicarse ya no sólo en la esfera interna sino que se expande a las relaciones comerciales que presentan elementos de internacionalidad. Además, se amplía para aplicación de los tratados internacionales, tal como lo determina el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, que expresa “*“Pacta sunt servanda”*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

De igual forma, el artículo 1.3 de los Principios UNIDROIT, consagra el principio de *pacta sunt servanda*, como el carácter vinculante de los contratos, y determina que “*Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios.*”³⁹

³⁸ Código Civil de la República del Ecuador.

³⁹ Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Artículo 1.3.

Es necesario resaltar que este principio se complementa con el antedicho de buena fe. Adicionalmente nace en el Derecho Comercial, una limitación al *pacta sunt servanda*, la cual se denomina *rebus sic stantibus*, y de aquí nace la conocida frase *pacta sunt servanda si rebus sic stantibus*, lo cual quiere decir que las obligaciones derivadas de los contratos se cumplirán a cabalidad, siempre que las circunstancias iniciales a la celebración del mismo se mantengan. Más adelante me referiré a este principio con mayor profundidad.

1.3.1.4. Actuación con Debida Diligencia con Arreglo a la Lex Mercatoria.-

Como mencioné anteriormente en la presente disertación, la *Lex Mercatoria* es el conjunto de prácticas comerciales aceptadas por los sujetos que ejercen el comercio, que nacen de las normas, usos, actos y costumbres por ellos ejecutadas en el ejercicio de su profesión, y por los laudos arbitrales y decisiones judiciales dictadas dentro de materia comercial. Todas estas características deben coordinarse con las legislaciones internas de las partes confluente en un acto jurídico. Con relación a la coordinación mencionada, Vásquez Ponce dice que la *lex mercatoria* se debe relacionar con los sistemas jurídicos nacionales, y menciona que se debe tener en cuenta lo que sigue:

No parece que la lex mercatoria haya generado principios generales del derecho, ya que éstos son de origen nacional o internacional.

La lex mercatoria presenta cierta heterogeneidad al incorporar principios del derecho comercial propios de diversos derecho nacionales.

La lex mercatoria no regula la capacidad de las partes, los vicios del consentimiento y la representación legal o voluntaria de las sociedades comerciales. Estas cuestiones fundamentales de los contratos deben regularse acudiendo a ordenamientos jurídicos nacionales.⁴⁰

⁴⁰ Héctor Vásquez Ponce. Derecho de los Negocios Internacionales. –Parte General-. Buenos Aires. Editorial AD-HOC. Septiembre 2001. p. 48.

Visto lo anterior, deduzco que la *Lex Mercatoria* no es un principio en sí, sino que es un conjunto de ellos que se generan dentro de la costumbre mercantil y de las prácticas comerciales a nivel interno o internacional; entonces, dado que confluyen en este conjunto principios de todos los sistemas jurídicos del mundo (con gran predominio de los sistemas occidentales como el *civil law* y el *common law*), esta es heterogeneidad por naturaleza.

También, los requisitos de validez de los contratos se rigen siempre por el ordenamiento interno, mas no por la *Lex Mercatoria*. En el Ecuador, estos son el objeto y causa lícitos, la capacidad, el consentimiento y que el contrato no contravenga el orden público (este se encuentra determinado en la Constitución del Ecuador), que a nivel internacional se regula en los Tratados internacionales.

Por último debe tenerse en consideración que no existe una norma jurídica que obligue a los jueces o árbitros a aplicar la *Lex Mercatoria*, sin embargo, las partes contratantes tienen la facultad de determinarla como norma aplicable, de conformidad con la autonomía material, y de esta forma alterar el derecho interno (pero siempre teniendo como límite el orden público), haciendo obligatorio para los jueces o árbitros su aplicabilidad.

En concordancia a lo antedicho, el artículo 9 de la Convención de Viena 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, manifiesta que cuando se celebra un contrato y las partes han determinado que se regirán por determinado uso o costumbre, quedarán obligados a esta; y además, las partes están obligadas a toda práctica o uso que sea común en el contrato que han celebrado, salvo pacto en contrario. Dicho lo anterior, el mencionado artículo prescribe lo que sigue:

Artículo 9

- 1) *Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.*
- 2) *Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.*⁴¹

1.3.2. Cláusulas Contractuales.

El contenido de un contrato comercial internacional varía conforme al tipo y naturaleza del mismo, es decir, dentro de un contrato de compraventa internacional de mercaderías encontraremos cláusulas que en un contrato de agencia o representación no habrá, o viceversa. Como por ejemplo, referencias a los INCOTERMS en el primero, o una amplísima cláusula de confidencialidad en el segundo. Lo cierto es que, todos los contratos comerciales internacionales, sea de compraventa, agencia y representación, *joint venture*, distribución, crédito, prestación de servicios, entre muchos otros, tienen cláusulas “de estilo” que deben ir obligatoriamente para que sea válido, existente, y los intereses de las partes no se vean comprometidos logrando el mejor rédito posible del mismo. Lo importante es asegurar los principios que regulan la relación contractual, tales como la conmutatividad, igualdad y equivalencia, y tener las reglas claras en caso de conflicto, para que su resolución no sea tortuosa; pues se debe trabajar para prevenir los conflictos o terminarlos lo más rápido posible. Por esto, los contratos deben tener una redacción exhaustiva, es decir ser contratos reglamentarios, porque al ser contratos innominados que no tienen un ordenamiento jurídico definido regulador, estos se convierten en el marco normativo de las partes.

Las cláusulas de estilo y aquellas que deben ser incluidas para asegurar el cumplimiento del contrato, evitando cualquier perjuicio a cualquiera de las partes, son, sin que esta mención sea taxativa, son las siguientes:

⁴¹ Convención de Viena 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías. Artículo 9.

- Comparecientes, en donde se determina la calidad de las personas que intervienen, su nacionalidad, domicilio, capacidad, y todos los denominados “generales de ley”;
- Antecedentes del contrato;
- Glosario;
- Objeto, el mismo que es muy complejo por el hecho mismo de que son contratos innominados;
- Plazo o duración;
- Monto;
- Precio, moneda, forma de pago y tasa de cambio;
- Obligaciones de las partes;
- Causas de terminación del contrato, tales como mutuo acuerdo, liquidación, quiebra, muerte de alguna de las partes contratantes en caso de personas naturales o disolución en caso de personas jurídicas, cambio de la propiedad de la empresa, cambio de las condiciones contractuales, entre otras;
- Lugar de entrega o ejecución. Por ejemplo en esta cláusula se determina cuál INCOTERM será el aplicable al contrato;
- *No waiver* (no renuncia), el mismo significa que, el hecho de que una de las partes no ejercite uno de los derechos estipulados en el contrato, no significa la renuncia de ellos;

- Confidencialidad, la misma que se excluye cuando una autoridad competente así lo disponga;
- Cláusula penal. Tiene un fin disuasivo, ya que fija el monto o porcentaje de indemnización en caso de incumplimiento o ruptura del contrato;
- Solución de conflictos, que de manera general se opta por el arbitraje, y es el foro sobre el cual he hablado en la presente disertación;
- Ley aplicable, que puede cambiarse por voluntad de las partes o puede dirigirse a varias leyes, incluso pueden determinarse leyes ya derogadas para que rijan el contrato;
- No relación laboral entre los contratantes o terceras personas que intervengan en la ejecución del contrato;
- No formación de sociedad entre las partes;
- Integralidad, la cual quiere decir que las partes no aleguen la existencia de varios convenios que rigen por separado a cada una de ellas;
- Exoneración o liberación de responsabilidad;
- Cláusula de *hardship* o imprevisión, que se explicará en el capítulo que sigue;
- Cláusula de divisibilidad o *severability*, la misma que expresa que la nulidad de una de las cláusulas no afectará la validez del resto del contrato;
- Fuerza mayor o caso fortuito;
- Garantías;

- Reservas;
- Impuestos;
- Trámites, lo cual determinará cuál parte asumirá determinados costos para trámites;
- Declaraciones adicionales;
- Prórrogas en cuanto a los términos que se hayan determinado en el contrato con respecto al envío, entrega, ejecución, pagos, etc.;
- Seguros; y,
- Entrada en vigencia y firmas.

Una vez más aclaro que la lista precedente no es taxativa, restrictiva ni obligatoria; las partes analizarán las cláusulas que consideren necesarias para el mejor desenvolvimiento de la relación contractual y ejecución del acto jurídico, así como pueden añadir más cláusulas que no constan detalladas.

Adicionalmente, no he explicado las cláusulas con mayor detalle puesto que no corresponde al objeto de esta disertación hacerlo.

Para finalizar, vistos la definición, los principios y las cláusulas que por lo general regulan y se incluyen en los contratos comerciales internacionales, tenemos que estos son contratos reglamentarios porque no hay como remitirse a una norma obligatoria que los regule, utilizados en su gran mayoría por las empresas multinacionales y transnacionales (dado que son los sujetos que más actividad comercial realizan en el mundo), que conjuntamente con la *Lex Mercatoria* crean derecho, por medio de normas a las cuales se les denomina *soft law*. Continuando, en estos predomina la autonomía de la voluntad de las partes (permite que se elija el foro y la ley aplicable al contrato) cuyo único límite es el orden público, que se determina por los tratados internacionales y en última instancia por el

derecho interno de las partes. Se presume además, que los sujetos intervinientes lo hacen de buena fe, y por ello se aplica el principio de *pacta sunt servanda*, el mismo que tiene sus límites cuando por su aplicación, se vulneran otros principios propios de la materia contractual, como lo son la igualdad de las partes, y para esto se utilizan cláusulas que aseguran el equilibrio de las prestaciones que deben realizar los contratantes dentro de la relación, como lo es la Cláusula de *Hardship*, basada en la Teoría de la Imprevisión, que analizaré en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II

LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y LA CLÁUSULA DE *HARDSHIP*.

Entrando al tema central de esta disertación, el mismo que es el análisis de la Teoría de la Imprevisión y el *Hardship*, y cómo estas se traducen materialmente en el comercio internacional. Se debe recalcar que el *Hardship* nace en el derecho anglosajón, con un desarrollo distinto al de la Teoría de la Imprevisión que nace en Francia, pero que tienen su raíz común en el *rebus sic stantibus* (excepción al *pacta sunt servanda*), y en la actualidad se los refiere como sinónimos dada la globalización y nuevo orden internacional de los contratos.

Al tener fuentes históricas distintas, efectivamente la Teoría de la Imprevisión se desarrolló sólo como teoría sin mostrar una aplicabilidad práctica clara, de hecho en varios países donde regulan en su legislación la imprevisión, recientemente han empezado a aplicarla en debida forma. Por otro lado, el *Hardship* tiene como fuente la Teoría de la Frustración (que se verá más adelante) y se desarrolló como cláusula, por lo que tiene una aplicabilidad clara directa a las relaciones jurídicas que han incluido en sus contratos a la misma. Para ilustrar de mejor manera, Alterini se refiere a la Cláusula de *Hardship* mencionando que “*Sus efectos la aproximan a la teoría de la imprevisión. Pero se diferencia de ella en estos aspectos: (i) como cláusula explícita proviene de la convención de partes; (ii) los criterios para su aplicabilidad resultan de lo pactado y, en los hechos, generalmente son más laxos que los que rigen en la teoría de la imprevisión.*”⁴²

Sin embargo, en sus inicios las dos teorías, tanto la Imprevisión como el *Hardship* se “*ocupan del mismo fenómeno: un cambio imprevisto de condiciones que altera bruscamente la relación entre el valor de la prestación y el precio que se paga por ella. Lo que alega la parte afectada en los casos de imprevisión es que el cambio de circunstancias aumenta significativamente el valor de la prestación que se da, mientras que el precio que se recibe permanece igual; a su turno, lo que alega la parte afectada en los casos de*

⁴² Atilio Aníbal Alterini. Teoría de la Imprevisión y la Cláusula de Hardship. Internet. <https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0311/1/.../150228> Acceso: 3 de abril del 2012.

frustración es que el cambio de circunstancias disminuye drásticamente el valor de la prestación que se recibe, mientras que el precio que se paga permanece igual.”⁴³

Ahora el *Hardship* (nacido de la teoría de la frustración) y la Teoría de la Imprevisión, se ven reguladas en distintas legislaciones; y en los contratos comerciales internacionales, estas figuras se encuentran en cláusulas denominadas de diferentes maneras: *Hardship*, imprevisibilidad, excesiva onerosidad, entre otras; pero que en realidad es el reflejo de su objetivo común: la salvaguarda de los principios y derechos de las partes contratantes, y efectivamente, en el área práctica, ya no existen diferencias entre ambas (de ahí que se las trata como sinónimos).

A continuación, en principio se examinará a fondo las definiciones y acepciones de la Teoría de la Imprevisión y de la Cláusula de *Hardship*, para posteriormente diferenciarlas de tres instituciones utilizadas en el mundo del derecho como lo son la fuerza mayor, el caso fortuito (que fácilmente pueden confundirse con las situaciones o acontecimientos sobre las cuales se protege a las partes contratantes de un acto jurídico comercial), y la lesión enorme (que puede utilizarse como un símil, para comprender de mejor manera la forma de protección económica que brinda la Cláusula de *Hardship* a las partes que han suscrito un contrato comercial internacional).

2.1. Teoría de la Imprevisión:

2.1.1. Antecedentes⁴⁴.

Los primeros antecedentes de la Teoría de la Imprevisión, se encontraron con el denominado *rebus sic stantibus*, postulado en la época medieval por los post glosadores. Ellos sostenían que todo acuerdo se debía mantener, siempre y cuando las circunstancias sobre el cual las partes contratantes decidieron prestar su consentimiento, no cambien; debido a que, justamente por esas condiciones existentes, las partes suscribieron el acuerdo, caso contrario no lo hubieran hecho.

⁴³ Juan Caro Nieto. La Imprevisión: Una Teoría que se Plantea pero no se Aplica. Colombia. p. 3.

⁴⁴ Abatti Enrique L. y Rocca (h.) Ival. Teoría de la Imprevisión. Internet: <http://ar.vlex.com/vid/teoria-imprevision-26542251>. Acceso: 7 de abril del 2012.

También, este principio formado por los post glosadores envuelve a las obligaciones derivadas del contrato pero que las partes no las hayan determinado en el mismo, estipulando que son válidas siempre y cuando las circunstancias iniciales sobre las cuales las partes prestaron su consentimiento no hayan cambiado. Esta última parte también es referida como la teoría “Base del Negocio Jurídico”, que:

“(...) son todas aquellas circunstancias generales que los contratantes tuvieron en cuenta para plasmar el acuerdo de voluntades, tales como el poder adquisitivo de una determinada moneda, la situación política, económica y social del lugar imperantes al momento de la contratación, etc., sin las cuales no se cumpliría la finalidad ni la expectativa prevista por las partes en el desarrollo del contrato.”⁴⁵

Luego, nace la “Teoría de la Presuposición”, que de cierta forma coincide con la “Teoría Base del Negocio Jurídico”, y menciona que en caso de que las condiciones que llevaron a las partes contratantes a celebrar un acuerdo, se mantengan en el tiempo, se deben presuponer lo que ocurrirá o las consecuencias que estas condiciones tendrán en el tiempo.

En mi opinión esta teoría de cierta forma limita la imprevisión contractual, dado que implícitamente, al manifestar que se deben presuponer todas las consecuencias del hecho de que las condiciones se mantengan en el tiempo, expresa que no pueden existir o no debería sorprender a las partes cualquier acaecimiento de una circunstancia imprevista; en otras palabras, no existen situaciones o hechos que no sean previsibles.

La Teoría de la Imprevisión, antes de que se la conozca como actualmente se lo hace, nace en Francia en el año de 1916, en el campo del derecho administrativo. Esta nace del incumplimiento del contrato público celebrado entre la *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux* (empresa encargada de la prestación de alumbrado público a la ciudad de Bordeaux) y la *Ville de Bordeaux*. La compañía dejó de prestar el servicio de alumbrado público con base de gas, dado que la Primera Guerra Mundial encareció los precios del carbón (necesario para la

⁴⁵ *Ibídem.*

producción de gas) y de transportación de los insumos para seguir prestando sus servicios, por lo que el cumplimiento del contrato resulta excesivamente oneroso. Finalmente la Corte resolvió que la compañía no tenía la obligación de continuar con un contrato cuya economía se vio seriamente modificada, consternando así a los demás juristas franceses por tal revolucionaria idea de debilitar el concepto de fuerza mayor por absoluta incapacidad de cumplir el contrato, con el concepto de excesiva onerosidad.⁴⁶

Con el tiempo y con la extensa práctica mercantil, la imprevisión se ha desarrollado bajo una esfera garantizadora de derechos (de manera específica a la equivalencia de las partes), y en la actualidad cada vez más comerciantes hacen uso de sus beneficios, y así los países la han incluido en sus legislaciones.

2.1.2. Definición y Naturaleza.

Desde el punto de vista semántico, la “Teoría de la Imprevisión” ha mantenido su nombre a lo largo de la historia por razones de costumbre, a pesar de ser en realidad una institución jurídica más que una teoría. Digo institución jurídica porque en la legislación civil de algunos países, tales como en el Código Civil argentino, brasilero y peruano, y Código de Comercio colombiano, ésta ha sido incorporada como una herramienta para resolver las cuestiones jurídicas que mencionaré a continuación, y se ha dicho que la denominación adecuada sería “imprevisión contractual”; y en los países que son parte del sistema de *common law*, ésta institución se inserta en todos los contratos comerciales sin falta. A pesar de lo dicho, en el presente trabajo me seguiré refiriendo a esta indistintamente como teoría, imprevisión, teoría de la imprevisión, imprevisión contractual, entre otras.

Como se ha dicho en reiteradas ocasiones, la Teoría de la Imprevisión se aplica con el fin de restablecer el equilibrio contractual entre las partes intervinientes en un acto jurídico, en el cual, por circunstancias imprevistas ajenas a su aplicación o ejecución, han cambiado los escenarios iniciales que motivaron a ellas a la

⁴⁶ Véase: Juan Caro Nieto. La Imprevisión: Una Teoría que se Plantea pero no se Aplica. Colombia. p. 4.

suscripción del acuerdo, y su cumplimiento se volvió excesivamente oneroso, generando un grave perjuicio patrimonial o económico para una de las partes. Al respecto, Carmen Simone Lasso expresa que la imprevisión contractual:

*(...) es, entonces, la consecuencia de una circunstancia superviniente que altera el equilibrio económico o financiero de un contrato de forma fundamental, sustancial o dramática. Esta circunstancia puede consistir en diversos hechos o actos: guerras, desastres económicos, disturbios políticos, inflación, problemas monetarios, entre otros. Lo que se requiere es que los mismos sean imprevisibles y ajenos a las partes, y que no generen propiamente una imposibilidad de cumplimiento, sino un desequilibrio económico.*⁴⁷

De lo dicho con anterioridad, se hace presente el principio “*pacta sunt servanda si rebus sic stantibus*”, lo cual significa que se cumplirá con lo estipulado en el contrato siempre y cuando no varíen las condiciones iniciales sobre las cuales se suscribió el acto, en perjuicio de una de las partes. De hecho, el concepto de que no cambien las circunstancias iniciales sobre las cuales las partes suscribieron el acto jurídico, se denomina *rebus sic stantibus*.

Pero la Teoría de la Imprevisión va más allá, puesto que permite la renegociación del contrato para restablecer el equilibrio, o la resolución del mismo por causas legítimas, sin que medie culpa de la parte perjudicada (que naturalmente será la que solicite la terminación del acuerdo). Entonces, es evidente que se necesitan ciertas características para que esta teoría pueda ser aplicada en algún caso concreto por intermedio de una cláusula expresa en el contrato, o alegando la excesiva onerosidad en proceso judicial o arbitral en base a una norma jurídica.

En primer lugar, el fin de la Teoría de la Imprevisión es que será utilizada para subsanar un contrato sobre el cual sobrevinieron circunstancias ajenas a las iniciales, o que van en contra del objeto o fin del negocio contractual, creando un desbalance en las contraprestaciones de las partes. No se trata de remediar errores comerciales o financieros, o “malos negocios” hechos por los contratantes; lo cual

⁴⁷ Carmen Amalia Simone Lasso. “El *Hardship* en la Contratación Comercial Internacional”. FORO Revista de Derecho, No. 5. UASB-Ecuador / CEN. Quito, 2006. p. 84.

de ser así, se estaría premiando la incapacidad de ellos, y sería una puerta para actuar desde un inicio con mala fe, que va en contra de la naturaleza misma de la imprevisión contractual.

En segundo lugar, de lo dicho anteriormente nace la siguiente característica, y esta es que las partes contratantes deben actuar en todo momento de buena fe. Ninguna de las situaciones imprevistas, que den paso a la aplicación de esta teoría, puede ser imputada a una de las partes por actuar de mala fe.

Los contratos deben cumplirse de buena fe y su interpretación debe hacerse no solamente con sus términos expuestos, sino tratando de esclarecer el motivo o el fin que ha guiado a los contratantes, para lo cual es menester valorar las circunstancias que rodearon el acto, los antecedentes que pudieran haber influido y la conducta de los interesados (Cám. Nac. Civil, Sala D. G del F., 203-389). La teoría de la imprevisión debe aceptarse como criterio interpretativo por cuanto los contratos deben cumplirse de buena fe y de acuerdo a las consecuencias virtuales (C. C. 2ª, Sala I, Eva Perón, La Ley, 68, pág. 151). El principio de la buena fe rige toda la economía de la convención (Cám. Com. de la Cap. Fed., La Ley, 57, pág. 650).⁴⁸

Como bien se menciona en el párrafo precedente, se debe valorar las circunstancias que rodearon al acto, los antecedentes y la conducta de las partes, porque si se encuentra un solo indicio de mala fe en una de ellas, la imprevisión no es la solución para remediar el contrato, sino otras acciones legales como por ejemplo la nulidad del contrato.

Con respecto a la buena fe en los contratos, el Código Civil ecuatoriano en su artículo número 1562 prescribe que “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.*”⁴⁹ Como ya se mencionó anteriormente, este artículo se analizará con mayor detenimiento en los capítulos posteriores.

⁴⁸ Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo II, B – Cla. “El Principio de la Buena Fe”.

⁴⁹ Código Civil de la República del Ecuador.

En tercer lugar, las circunstancias consideradas como imprevisibles serán aquellas que se encuentran fuera de los presupuestos normales, que sean hechos extraordinarios, no se encontraban en las perspectivas de los contratantes y sean insuperables o irreversibles, es decir que las partes no pudieron prever obrando con previsión y cuidado. La generación de estas situaciones, hechos o circunstancias, no deben generarse por culpa, dolo o mora de una de las partes contratantes. En estos casos, la teoría no se aplica. Además, existe un elemento subjetivo que se toma en cuenta con relación a la determinación de que las partes no pudieron prevenir la situación, y es que si el negocio se realizó entre personas especializadas en la materia o diestros con relación a la actividad comercial, se exige de ellos mayor previsibilidad aún con respecto a los sucesos futuros inciertos.

De manera general estos hechos serán predominantemente económicos o políticos, o en otros casos serán sociales, culturales o inclusive técnicos. Dentro del ámbito económico se debe hacer una aclaración: no todo proceso de inflación es causal para invocar la Teoría de la Imprevisión, solamente aquella que realmente no pudo ser previsible por ser tan repentina y fuera de los cánones o niveles naturales o normales.

Al respecto Enrique L. Abatti e Ival Rocca (h.), mencionan a manera de ejemplo que:

(...) una brutal devaluación de la moneda, como la ocurrida a partir de diciembre de 2001 (...) con una autoridad económica que había descartado de plano la alteración de la paridad cambiara de un peso equivalente a un dólar, es un hecho indudablemente imprevisible.

La mayoría de la doctrina sostiene que la devaluación monetaria brusca y no prevista, abre el camino para invocar imprevisión.⁵⁰

Por último y en cuarto lugar, como otra característica necesaria para la aplicación de la imprevisión contractual, es que como consecuencias de los hechos antedichos,

⁵⁰ Abatti Enrique L. y Rocca (h.) Ival. Teoría de la Imprevisión. Internet: <http://ar.vlex.com/vid/teoria-imprevision-26542251>. Acceso: 7 de abril del 2012.

una de las partes sufra un grave perjuicio económico por la alta gravedad de la onerosidad sobrevenida. “*Es indispensable que el cambio de circunstancias provoque una disfunción de la economía del contrato que genere una onerosidad tal, que aunque sea posible de ser cubierta, se convierta en muy gravosa para uno de los contratantes.*”⁵¹

Dentro de este mismo tema, se debe esclarecer que no hay que confundir la simple onerosidad y la imposibilidad económica, con la imprevisión contractual, dado que, el primero es un supuesto en el que el cumplimiento del contrato aún es factible, es decir, la onerosidad no ha causado un perjuicio en el patrimonio de una de las partes, de manera que esta parte pueda solicitar la revisión o la finalización del contrato. Además, la imprevisión también se diferencia de la imposibilidad económica de ejecución del contrato, porque para que aplique esta última, debe existir incapacidad de la persona que debe ejecutar el contrato, cuando estos son *intuitu personae*, cuando existe un supuesto de fuerza mayor, o cuando existe un cambio en la legislación que convierte al acto jurídico en ilegal⁵². Por lo tanto, hay que tener mucho cuidado y se debe ser minucioso en la determinación de existencia de un grave perjuicio económico, para aplicar la imprevisibilidad contractual. Caso contrario, el juez o árbitro negará la solicitud hecha por quien trata de hacer efectiva esta institución.

Generalmente, la calificación de todos los requisitos detallados, esto es que las partes hayan actuado de buena fe, sin que medie culpa o dolo por ninguna de ellas, que la situación que afecte al contrato sea inesperada, imprevista, extraordinaria o cualquier calificativo que se le ha brindado, y, que exista un grave perjuicio económico, una excesiva onerosidad para una de las partes; está en las manos del tribunal arbitral o del juez competente, a quienes se les pone en su conocimiento el caso, y son los que decidirán si efectivamente, se reúnen todas las circunstancias necesarias para que exista una desproporción en el contrato y se aplique la Teoría de la Imprevisión. Claro está que se entiende las partes comparecieron a instancias

⁵¹ Carmen Amalia Simone Lasso. “El *Hardship* en la Contratación Comercial Internacional”. FORO Revista de Derecho, No. 5. UASB-Ecuador / CEN. Quito, 2006. p. 84.

⁵² Véase: *Ibidem*. pp. 85-86.

judiciales o arbitrales porque no existió consenso en la renegociación del acuerdo objeto de la teoría (lo cual se encuentra formulado por la Cláusula de *Hardship*).

2.2. Cláusula de *Hardship*:

Una vez analizada la Teoría de la Imprevisión procederé a analizar el *Hardship*. La doctrina de la frustración del contrato (de donde se origina el *Hardship*) nace en Londres a partir del caso *Krell v. Henry* en el año de 1903. *Krell* era dueño de un apartamento cuya ventana daba a la avenida en la cual se vería el desfile de coronación de Eduardo VII. Por motivo de esta ocasión, *Henry* decide alquilar a *Krell* su departamento a un precio de 75 libras (actualmente equivalente a USD 10.000) por un fin de semana, para poder ver el desfile, pagando un anticipo de 25 libras. El día del evento, se anuncia que Eduardo VII sufría de apendicitis, por lo tanto el desfile no se llevaría a cabo ese fin de semana. Por esta razón *Henry* se niega las 50 libras restantes a *Krell*, motivo por el cual *Krell* demanda a *Henry* el pago de lo acordado. En el juicio, el tribunal resolvió a favor de *Henry*, manifestando que si bien es cierto las partes no se encuentran imposibilitadas de cumplir con el contrato (como para que aplique la fuerza mayor), la contraprestación que recibiría *Henry* por el alquiler del apartamento, había perdido excesivamente su valor. Esta última línea es el fundamento de la frustración contractual. Posteriormente, el desarrollo del *Hardship* como cláusula en contratos comerciales internacionales se tornó de uso común entre los operadores mercantiles, que ahora se lo puede considerar como costumbre el uso del mismo.⁵³

Antes de seguir haré una precisión acerca de algo que ya mencioné anteriormente: si bien el *Hardship* nace de la frustración contractual y no propiamente de la imprevisión, actualmente ya no existen diferencias, y tanto la Teoría de la Imprevisión como el *Hardship*, abarcan los casos que nacen de una excesiva onerosidad (imprevisión) y de una excesiva pérdida de valor en la prestación (frustración), que afectan tanto al deudor como al acreedor respectivamente. Es por este motivo que me he referido en general como Imprevisión o *Hardship*, al igual que los autores que han tratado este mismo tema. Dicho esto procederé con el análisis.

⁵³ Véase: Juan Caro Nieto. La Imprevisión: Una Teoría que se Plantea pero no se Aplica. Colombia. p. 5 - 6.

La Cláusula de *Hardship*, entendida así como la materialización de la imprevisión contractual en los contratos comerciales internacionales (por su constante uso en el derecho comercial internacional), tiene el fin de mantener y restablecer el equilibrio económico entre las partes contratantes, cuando sobrevienen circunstancias imprevistas y ajenas a ellas, haciendo el cumplimiento del contrato excesivamente oneroso para la parte que paga, o excesivamente barato creando un perjuicio para la parte que recibe el pago.

Esta cláusula es visible en contratos bilaterales conmutativos de tracto sucesivo, que de conformidad a lo analizado anteriormente en la presente disertación, son aquellos que se cumplen a lo largo del tiempo. “*Lo que se busca con un contrato de tracto sucesivo es que las partes desde un principio puedan prever todas las circunstancias que afecten al acuerdo como tal o a su cumplimiento. Se pretende entonces que exista una adaptación que restablezca el balance entre las partes en el evento en que se vea afectado.*”⁵⁴

Esta cláusula tiene como fin último la renegociación, compensación, suspensión, adaptación del contrato o su finalización. Es decir, en caso de que acaezcan sucesos imprevistos por las partes, que ocasionen perjuicio económico o patrimonial para estas, entonces se encuentran amparadas por esta cláusula y pueden solicitar a la otra parte que se renegocien o adapten los términos del contrato con el fin de recuperar el balance de las partes, entendido este en la conmutatividad del contrato, es decir en que las partes se obligaron a prestar obligaciones equivalentes, que se compense a la parte afectada; y, como último recurso, el *Hardship* otorga la posibilidad de que, si no se llega a un acuerdo con respecto a la renegociación de los términos contractuales, las partes puedan suspender o dar por terminado el contrato sin que se impute a una de ellas una terminación unilateral o incumplimiento, por lo que no caben reclamos por daños y perjuicios. “*(...) the hardship situation may be an application, a specific modality of clausula rebus sic stantibus from the theory of international contracts, according to which the substantial changes of the circumstances which lead towards the conclusion of the contract may generate the contracts’ revision or suspension.*”⁵⁵

⁵⁴ Ana María Castro y Ana Cecilia Zapata. “El *Hardship* en los Contratos Internacionales”. REVISTA e Mercatoria. Volumen 4, No. 2. 2005. p. 4

⁵⁵ Aniela Suditu. “The Application of the Hardship Theory”. The 6th Edition of the International Conference. European Integration Realities and Perspectives. 2011. p. 47.

2.2.1. Elementos que configuran el *Hardship*.

Para la aplicación del *Hardship*, se requiere de la unión de ciertos elementos que son necesarios para determinar si es aplicable o no la cláusula de excesiva onerosidad a un caso concreto. De manera general ya se revisaron ciertas características que son necesarias para que aplique la Teoría de la Imprevisión cuando hablé acerca de esta, así que a continuación explicaré con mayor profundidad los elementos que componen a la cláusula de *Hardship* y son necesarios para su aplicación.⁵⁶

- Excepcionalidad: Engloba a los elementos que explicaré posteriormente, en virtud de que, este se refiere a que la aplicación del *Hardship* es completamente excepcional, y solamente es factible cuando se reúnen todos los demás elementos. La razón por la cual su aplicación es excepcional, es porque se encuentra subordinado al principio de *pacta sunt servanda*, el mismo que es de aplicación irrestricta a los contratos, pero va de la mano con el principio *rebus sic stantibus*, el mismo que se aplica por excepción al primero cuando existe alteración de las circunstancias iniciales de contratación.
- Inimputabilidad: Toda situación que genere el desequilibrio contractual entre las partes no debe ser imputable por culpa, dolo o intervención de alguna de ellas. Es decir, en la causa debe existir falta de culpa, imposibilidad de previsión o inevitabilidad. En definitiva, no existe *Hardship* cuando la situación que lo genera se formó por culpa de una o ambas partes, pues tal como lo mencionan Castro y Zapata “*las partes y sus actuaciones no podrán tener ningún grado de injerencia en el evento que configure el hardship.*”⁵⁷
- Superveniencia: Este elemento se refiere a que la situación que genera el cambio de circunstancias y devenga en una excesiva onerosidad, se genere

⁵⁶ Véase: Carmen Amalia Simone Lasso. “El *Hardship* en la Contratación Comercial Internacional”. FORO Revista de Derecho, No. 5. UASB-Ecuador / CEN. Quito, 2006. pp. 86-89.

⁵⁷ Ana María Castro y Ana Cecilia Zapata. “El *Hardship* en los Contratos Internacionales”. REVISTA e Mercatoria. Volumen 4. No. 2. 2005. p. 19.

posteriormente a la celebración del contrato, es decir en su etapa de ejecución. En caso de que las circunstancias existían o se conocían desde la celebración del contrato, entonces al mismo no se podrá aplicar el *Hardship*, puesto que no es una situación superviniente que nació durante la ejecución del contrato.

- Imprevisibilidad: Este elemento es cuestionado por ciertos doctrinarios quienes sostienen que toda situación puede ser prevista, pero evidentemente es imposible prever, suponer o predecir todas y cada una de las situaciones o hechos que pueden sobrevenir y peor aún sus consecuencias, las mismas que afecten al contrato.

De hecho, este elemento es el más difícil de probar en un proceso dentro del cual se alegue el *Hardship*. Los Tribunales arbitrales o jueces que conocen sobre estos temas, actúan de conformidad a lo determinado por el literal b) del artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT, que definen la excesiva onerosidad. El mismo menciona que existe excesiva onerosidad, además de otros elementos, cuando “*los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato*”⁵⁸. Por lo tanto, se debe probar que efectivamente el acontecimiento no pudo ser razonablemente previsto por la parte afectada, y este elemento de razonabilidad queda a discreción del tribunal arbitral o del juez.

- Falta de Asunción del Riesgo: Este elemento se refiere a que, la parte afectada por la circunstancia imprevista no es capaz de asumir el riesgo que se ha generado. Es decir, no existe *Hardship* si por ejemplo, cuando sobrevienen hechos que generan una excesiva onerosidad para una parte, esta asumió los efectos por medio de una póliza de seguro o garantía que adquirió justamente para cubrir riesgos imprevistos. “*Por ello podemos afirmar que este elemento de la falta de asunción de riesgo va de la mano con el de la imprevisibilidad. Si*

⁵⁸ Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Artículo 6.2.2., literal b).

la parte no previó el riesgo ni lo asumió, entonces estamos ante una situación de hardship.”⁵⁹

- Prestaciones Pendientes de Cumplimiento: La situación que genera la excesiva onerosidad, debe crearla en prestaciones parte del contrato, que aún no se han cumplido. No cabe la figura del *Hardship* en contratos cuyas prestaciones y obligaciones de las partes se han cumplido a cabalidad.⁶⁰

Con respecto a las situaciones que reúnen todos los elementos detallados, y pueden configurar la excesiva onerosidad, Aniela Suditu, desde un punto de vista doctrinario, habla de las situaciones que abren la posibilidad de hacer uso de la cláusula de *Hardship*, y que pueden verse de tres formas: desde un punto de vista sintético, desde un punto de vista analítico y desde uno mixto. El primero se refiere a que la situación de imprevisión ponga en peligro de manera general, el cumplimiento del contrato en sus términos iniciales. El segundo toma en consideración de manera exhaustiva todas las situaciones que pueden causar un desbalance contractual. Por último, dada la falta de exhaustividad de la primera y la falta de generalidad de la segunda, nace el punto de vista mixto, en el cual se toman en consideración los puntos sintéticos y los analíticos para determinar las situaciones imprevistas que puedan generar en el uso del *Hardship*, siempre teniendo en cuenta que debe existir la comunión de todos los elementos indispensables.⁶¹

⁵⁹ Carmen Amalia Simone Lasso. “El *Hardship* en la Contratación Comercial Internacional”. *FORO Revista de Derecho*, No. 5. UASB-Ecuador / CEN. Quito, 2006. p. 88.

⁶⁰ Los comentarios a los Principios UNIDROIT, presentan el siguiente ejemplo con respecto a este elemento: ““A” contrata con “B”, una compañía que recicla basura en el país “X”, para ocuparse del acopio y depósito de la basura recolectada por “A”. El contrato contempla una duración de cuatro años y un precio fijo por cada tonelada de basura. Dos años después de celebrarse el contrato, el movimiento ecológico en el país “X” gana terreno frente al gobierno, que establece precios por el acopio de basura que son diez veces más altos que los precios anteriores. “B” podría invocar excesiva onerosidad (*hardship*) sólo en lo que respecta a los dos años que restan a la vigencia del contrato.” Véase: Comentarios de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Artículo 6.2.2, Comentario No. 4.

⁶¹ *Hardship situations can be defined in three manners: from a synthetic point of view, an analytic one and a hybrid one: a mixture of the above.*

From the synthetic point of view, the hardship situation lato sensu can be any event that would jeopardize the performance of the contract in the initial terms.

The analytic point of view takes into consideration, in an exhaustive manner, all the situations that may lead towards a contractual imbalance.

2.2.2. Efectos de la Aplicación de la Cláusula de *Hardship*.

Tal como se mencionó cuando empecé a hablar acerca de esta importante cláusula, las partes pueden pactar que su aplicación tenga distintos efectos en el contrato, siendo estos la renegociación, adaptación, suspensión o terminación, o la compensación. A continuación pasaré a explicar cada uno de los efectos, puesto que también son los elementos caracterizadores más importantes de esta indispensable herramienta.

- Renegociación: La renegociación del contrato se refiere a que, en caso de situaciones de excesiva onerosidad, las partes podrán revisar lo pactado y reformarlo, para que la relación contractual pueda continuar en diferentes términos que sean beneficiosos para las partes.

En la práctica es complicado encontrar situaciones que sean aptas para que se renegocie el contrato, por lo que muchas veces estas negociaciones suelen no ser fructíferas y fracasan. Entonces, para que estas situaciones no sean perjudiciales para las partes *ex post*, es importante prevenir determinando la forma en que ellas actuarán en estos sucesos, puesto que además, la jurisprudencia ha determinado que un efecto de renegociación, no otorga a las partes la facultad de dar por terminado el contrato. Por lo tanto, se determinan cláusulas que traen una solución a la falta de acuerdo de las partes, y pueden prever la terminación del contrato, o la posibilidad de acudir a un tercero imparcial para que determine la forma de cómo se procederá de acuerdo a las circunstancias. Este tercero, entiéndase como tribunal arbitral o juez competente, debe analizar si existen los elementos suficientes que configuran el *Hardship*, en caso de que no existan, entonces se continúa con la ejecución del

But because both of these definitions lack either thoroughness or generality, a third one is therefore preferred: a combination of the general guidelines in defining hardship and of non-exhaustive, indicative examples. Véase: Aniela Suditu. "The Application of the Hardship Theory". The 6th Edition of the International Conference. European Integration Realities and Perspectives. 2011. p. 47.

contrato; si existen elementos necesarios, el tercero determinará la adaptación del contrato apegado a lo que es justo y equitativo entre las partes.

El artículo 6.2.3 de los Principios UNIDROIT, expresamente prevé que en caso de excesiva onerosidad la parte perjudicada puede reclamar la renegociación del contrato y determina ciertas condiciones bajo las cuales puede hacerlo.

- (1) *En caso de “excesiva onerosidad” (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.*
- (2) *El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.*
- (3) *En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.*
- (4) *Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá: (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.⁶²*

Visto el texto del artículo citado, procederé a explicar sus elementos. El mismo permite a la parte reclamar la renegociación del contrato, siempre y cuando no exista una cláusula que prevea la adaptación del contrato a un evento determinado, como por ejemplo una cláusula de indexación de precios. O que este evento no se encuentre previsto en la cláusula de adaptación, caso en el que se aplicará el *Hardship*, y por tanto la renegociación. Además, la presentación del reclamo deberá ser oportuna, y dependerá de cada caso en particular. Para esto se deberá tomar en cuenta cuándo y dónde se dio el suceso que desencadenó en excesiva onerosidad, cuándo tuvo conocimiento el afectado sobre el suceso, el lugar de domicilio de las partes, el tipo de contrato, en fin, cualquier otro elemento necesario para determinar si el reclamo se presentó en

⁶² Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Artículo 6.2.3.

un tiempo prudencial sin demora injustificada. En los comentarios a los Principios UNIDROIT también se menciona que si el suceso gravoso se da progresivamente, el tiempo para presentar el reclamo es cada vez mayor, y no aplica la demora injustificada; pero, de igual manera manifiesta que en este último caso, mientras más tiempo se deja pasar sin presentar el reclamo, la prueba de que existió *Hardship* es cada vez más escasa. Ahora, en cuanto a la motivación del reclamo, esta es necesaria cuando las causas que generaron el *Hardship* no son tan obvias como para prescindir de ella. Caso contrario, si el reclamo no se encuentra debidamente fundamentado, entonces se entenderá que el mismo se presentó fuera de tiempo y tendrá los mismos efectos que cuando se presentó con demora injustificada.

Se debe tener en cuenta que el hecho de que se presente el reclamo para renegociación, no implica que se suspende la ejecución del contrato o cualquier obligación que tengan las partes entre sí, puesto que se considera el uso del *Hardship* excepcional, por lo tanto, se trata de evitar cualquier uso abusivo del mismo.

Los ya citados comentarios de los Principios UNIDROIT determinan también que el proceso renegociación debe llevarse a cabo bajo los principios de buena fe, deber de cooperación y lealtad negocial, por lo tanto, la parte que recibe el reclamo debe confiar en la otra, y creer honestamente en la existencia de una situación gravosa. Las renegociaciones además deben conducirse de manera constructiva, presentando todos los documentos necesarios para cumplir con su objetivo, sin que se ponga ninguna traba al proceso.⁶³

Por último, el artículo 6.2.3 permite que a falta de acuerdo, las partes pueden acudir a un tribunal para resuelva el contrato en los términos y fechas que lo considere, o a adaptar el contrato a la nueva situación de las partes.

⁶³ Véase: Comentarios de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Artículo 6.2.3, Comentario No. 5.

El artículo 6:111 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos se alinea a lo determinado en los Principios UNIDROIT, al considerar que la solución para una situación de excesiva onerosidad debe ser resuelta por renegociación entre las partes, y en caso de que no exista acuerdo, pueden igualmente acudir a un juez o tribunal arbitral competentes para que resuelva o adapte el mismo.

Finalmente, en el supuesto de que en un contrato de tracto sucesivo que sea de larga duración, se entiende implícito el derecho de las partes a renegociar el mismo, siempre que las circunstancias así lo ameriten, dado al continuo cambio del orden mercantil, particularmente en el ámbito internacional.⁶⁴

- Adaptación: El objetivo principal del efecto de adaptación del contrato es restablecer la conmutatividad de las partes en su relación jurídica, es decir, equilibrar económicamente las prestaciones y obligaciones. Para que las partes y jueces puedan adaptar el contrato, debe estar expresamente determinado en el mismo esta posibilidad, excepto cuando, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes acuerden posteriormente se podrá adaptar el mismo. Contrario a lo dicho, existen legislaciones que admiten a los tribunales o jueces adaptar los contratos sin que exista estipulación expresa al respecto. Por mi parte, considero que los jueces o tribunales si deben tener la posibilidad de adaptar el contrato aun cuando no conste en la cláusula la permisibilidad necesaria, dado que el fin último de las cláusulas de *Hardship* es que se pueda continuar con el contrato equilibrando económicamente a las partes; entonces, si los tribunales no tienen esta capacidad, su única opción sería resolver el acto jurídico, aun cuando exista la posibilidad de que este se mantenga.
- Suspensión o Terminación: En cuanto a la suspensión, muchas veces, la situación del *Hardship* puede ser tan gravosa para una de las partes, que la ejecución del contrato puede traer consigo consecuencias realmente graves. En estos casos, la parte que sufre el perjuicio puede solicitar que se suspenda el

⁶⁴ Véase: Carmen Amalia Simone Lasso. “El *Hardship* en la Contratación Comercial Internacional”. FORO Revista de Derecho, No. 5. UASB-Ecuador / CEN. Quito, 2006. p. 95.

contrato por el tiempo que dure la circunstancia, y reanudarlo una vez que ha terminado. Este efecto suele suceder también en casos de fuerza mayor.

Por otro lado, el efecto de terminación del contrato puede ser expreso en él para que las partes lo soliciten, o bien puede no estar expreso en el mismo, y las partes pueden solicitar al tribunal arbitral o juez que en su resolución declare la terminación del acto jurídico. Es así, dado que en casos donde no existe una cláusula de *Hardship* que regule una situación de esta naturaleza, la solicitud de terminación de contrato es el único remedio ante situaciones de excesiva onerosidad. Además, los Principios UNIDROIT en el numeral 4 del artículo 6.2.3, determinan, como ya se mencionó con anterioridad cuando hablé de la renegociación, que una de las opciones del tribunal arbitral o juez competente es dar por terminado el contrato.

A pesar de lo dicho, los autores consideran que los jueces deben declarar la terminación del contrato solamente cuando la continuación del mismo resultaría más onerosa y perjudicial para las partes que su resolución, debido a que la terminación no es el objetivo principal de la cláusula de *Hardship*, sino, como ya se ha dicho anteriormente, el objetivo principal es mantener el contrato.

- Compensación: En ciertas ocasiones, muchas veces contratos de tracto sucesivo de larga duración que sufren de algún hecho gravoso que constituya *Hardship*, puede no ser ni resuelto ni adaptado, puesto que estos efectos pueden resultar aún más perjudiciales; por lo tanto, en estos casos la parte afectada puede solicitar una compensación por las obligaciones o prestaciones adicionales que debió cumplir. “*La parte para quien resulte más onerosa la ejecución del contrato puede pedir dicha compensación o puede reclamar por enriquecimiento sin causa cuando la relación jurídica termine.*”⁶⁵

2.2.3. Tipos de Cláusulas.

⁶⁵ Carmen Amalia Simone Lasso. “El *Hardship* en la Contratación Comercial Internacional”. FORO Revista de Derecho, No. 5. UASB-Ecuador / CEN. Quito, 2006. p. 97.

Vistos los elementos de configuración de situaciones de excesiva onerosidad y los efectos de las mismas, es necesario analizar la estructura de las cláusulas de *Hardship* que pueden preverse en los contratos. Generalmente esta se divide en dos partes, la primera determina las situaciones en las que se aplica la misma, y en la segunda se determinan los efectos o consecuencias de su aplicación. Además, estas cláusulas pueden ser generales o específicas, es decir determinan de forma abstracta todas las posibilidades en las que se puede hacer uso del *Hardship* o determinan de manera detallada las únicas circunstancias en las cuales la cláusula puede ser aplicada.

- Cláusula General: Éste tipo de cláusula no hace una enumeración restrictiva de las circunstancias que se pueden considerar como *Hardship*, al contrario, esta cláusula permite que toda situación imprevisible y superviniente que genere una excesiva onerosidad a una de las partes en el cumplimiento del contrato, se aplique como una situación de *Hardship*. De forma general se menciona que en toda circunstancia económica, política, técnica, entre otras, que reúna los requisitos determinados para el *Hardship*, puede aplicarse. Castro y Zapata ponen como ejemplo la siguiente:

*Si durante la ejecución de este contrato sobrevienen circunstancias económicas, políticas o técnicas, que fueron imprevisibles por las partes, más allá de su control, haciendo que el cumplimiento del contrato sea oneroso (aunque no imposible) para una de ellas y adicionalmente la carga exceda cualquiera de las previsiones anticipadas hechas por las partes al momento de la firma del contrato, aquella parte afectada tiene el derecho de pedir una solución equitativa mediante la revisión del contrato. Las partes discutirán el tema y si no llegan a un acuerdo, la parte afectada podrá pedir la conformación de un tribunal de arbitramento dependiendo de la cláusula compromisoria de este contrato.*⁶⁶

⁶⁶ Ugo Draetta, Ralph B. Lake, Ved P. Nanda, Breach and Adaptation of Internacional Contracts. An Introduction to Lex Mercatoria, 1992, p. 194. En: Ana María Castro y Ana Cecilia Zapata. “El *Hardship* en los Contratos Internacionales”. REVIST@ e Mercatoria. Volumen 4. No. 2. 2005. p. 21.

Como se puede ver en el texto transcrito, en ningún momento se determinan situaciones específicas o excepcionales en las cuales se aplicará el *Hardship*, por lo tanto se entiende que es una cláusula de tipo general.

Al momento de redactar una cláusula de este tipo, se puede simplemente observar lo mencionado en los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, o el modelo que ha desarrollado la Cámara de Comercio Internacional, sobre los cuales haré referencia más adelante.

Se debe aclarar que los efectos de la aplicación del *Hardship*, o las acciones que las partes pueden efectuar, serán solamente las pactadas y determinadas en el contrato por estas. Por ejemplo, si la cláusula no prevé la suspensión del contrato, entonces las partes no podrán solicitar la suspensión del mismo, salvo que sea por mutuo acuerdo.

- Cláusula específica de tipo cerrado: Mediante este tipo de cláusula lo que se pretende es reducir el espectro de aplicación del *Hardship* a las circunstancias previstas taxativamente en el contrato. Adicionales a esta podemos encontrar cláusulas de indexación de precios (reformulación del precio en caso de inflaciones, devaluaciones de monedas, aumento de costos o salarios, entre otras), o como Castro y Zapata la llaman, cláusula del cliente más favorable.⁶⁷ Una vez que suscite una situación prevista en el contrato, al igual que una cláusula de tipo general, los efectos y actuación de los contratantes serán únicamente los determinados por ellas.

Entonces, en este tipo de cláusula puede entenderse que la aplicación del *Hardship* se encuentra limitada solamente a las circunstancias expresamente prevista por las partes en el contrato, mas no en ninguna otra situación.

Es por el enunciado anterior, que personalmente no considero válida a ésta como un tipo de cláusula para que aplique el *Hardship*, por el hecho de que se entiende que las circunstancias ya se encuentran previstas, rompiendo así con los elementos necesarios de imprevisibilidad y excepcionalidad.

- Cláusula específica de tipo abierto: A diferencia de las cláusulas generales y las específicas de tipo cerrado, este tipo de cláusula permite la aplicación del

⁶⁷ Véase: Ana María Castro y Ana Cecilia Zapata. “El *Hardship* en los Contratos Internacionales”. REVISTA e Mercatoria. Volumen 4. No. 2. 2005. p. 22.

Hardship en todos los casos que se compruebe una situación que lo genera, pero, determina situaciones que no podrán ser consideradas como tales por las partes. Es decir, excluye de su aplicación ciertas circunstancias que según la autonomía de la voluntad de las partes, no constituirían una excesiva onerosidad.

Antes de redactar una de estas cláusulas en determinado contrato, debería hacerse un análisis de cuál es la más adecuada para el tipo de contrato y para el cliente. Puesto que en determinadas circunstancias, mi cliente puede que necesite un espectro mayor de posibilidades de *Hardship* por el riesgo que el contrato mismo trae consigo; o al contrario, una cláusula específica de tipo cerrado podría ser la adecuada en contratos que no traiga consigo mayores riesgos.

Una vez analizados los elementos que constituyen *Hardship*, sus efectos y los tipos de cláusulas que pueden redactarse en el contrato, a continuación pasaré a detallar los instrumentos internacionales en los cuales se hace mención a esta cláusula, y que pueden ser utilizados por los comerciantes ecuatorianos en sus relaciones mercantiles internacionales:

2.2.4. El *Hardship* en los Instrumentos Internacionales.

- Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales: Como se ha hecho mención ya en diversas ocasiones, los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, en sus artículos 6.2.1 a 6.2.3 hacen referencia a la existencia de circunstancias en las que el cumplimiento de un contrato se vuelve más oneroso de lo pactado por los contratantes, ocasionando un perjuicio a la parte que debe cumplir una prestación, o bien para la parte que recibe esa prestación; esta situación es llamada excesiva onerosidad (*Hardship*). Se debe tener en consideración además, que los mismos Principios determinan que si la ejecución de un contrato trae dificultades económicas a una de las partes, esto no significa que existe una circunstancia que configure el *Hardship*, y a continuación señala los elementos necesarios para establecer que una

determinada circunstancia ha generado una excesiva onerosidad, y sus posibles efectos.

Además de los artículos antedichos, los Principios tienen dos normas claves para la aplicación del Hardship, que pueden ser considerados como un preludio a este. La primera norma es la determinada en el artículo 1.3 que hace referencia a la buena fe (tema que ya expliqué anteriormente en esta disertación) como principio rector de los contratos (carácter vinculante de los contratos); y, la segunda norma es el artículo 6.2.1, que se refiere a la obligatoriedad del contrato, manifestando que la excesiva onerosidad es una excepción al carácter vinculante de los contratos, los mismos que inclusive deben cumplirse a pesar de un incremento en la onerosidad del mismo. Por lo tanto, cabe mencionar que este se aplica como una excepción al *pacta sunt servanda*.

Además de definir y determinar los elementos necesarios para que una situación sea denominada como de excesiva onerosidad, y sus efectos, Castro y Zapata mencionan que *“Los principios Unidroit no sólo están dirigidos a los contratantes, para que, si a bien lo tienen, los incorporen o adapten a sus contratos mediante las cláusulas respectivas, sino que también pueden ser tomados como modelo por los legisladores para la redacción de normas.”*⁶⁸ Esto es posible puesto que los Principios tienen el tratamiento de *Lex Mercatoria*, lo cual quiere decir que son mundialmente aceptados dentro de las prácticas comerciales realizadas por los operadores de comercio, por tanto constituyen una excelente herramienta para suplir legislación interna o para crear normativa, en países que no poseen legislación al respecto, como por ejemplo el Ecuador.

Los Principios de Unidroit se ofrecen como continente de la lex mercatoria, y constituyen una tentativa de codificación del Derecho de los contratos internacionales.

⁶⁸ Ana María Castro y Ana Cecilia Zapata. “El *Hardship* en los Contratos Internacionales”. REVISTA e Mercatoria. Volumen 4. No. 2. 2005. p. 14.

*La jurisprudencia arbitral los ha empleado reiteradamente como Derecho que rige el contrato internacional, así como para interpretar el derecho nacional aplicable.*⁶⁹

- Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías: Con respecto a instrumentos que regulan las relaciones entre comerciantes en contratos determinados, como lo es la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, el *Hardship* no se encuentra determinado en esta de la misma forma y denominación que los Principios UNIDROIT o los Principios de Derecho Europeo de Contratos que explicaré a continuación, pues de hecho, la mayoría de los autores sostienen que el texto determinado en la Convención no puede ser entendida como una referencia al *Hardship*, es decir a un cambio de circunstancias imprevistas que crean grave perjuicio económico en una de las partes, y estén facultadas a revisar el contrato o bien resolverlo. El artículo 79⁷⁰ de la Convención la denomina como una exoneración, y prevé que una de las partes puede exonerarse de su responsabilidad por incumplimiento, siempre que pruebe el acontecimiento de un suceso imprevisible en el momento de la conclusión del contrato, y otorga la posibilidad de que la parte que incumplió el contrato solamente se exonere de su responsabilidad, pero a diferencia del *Hardship*, no permite que se resuelva o renegocie el mismo, puesto que no se encuentra estipulado así en la

⁶⁹ Atilio Aníbal Alterini. Teoría de la Imprevisión y la Cláusula de Hardship. Internet. <https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0311/1/.../150228>. Acceso: 3 de abril del 2012.

⁷⁰ Convención de Viena 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Artículo 79: *1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias.*

2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad: a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo.

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

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

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

Convención, y esta renegociación o resolución es el objetivo final de una cláusula de *Hardship* o Imprevisión.

Carmen Simone, parafraseando a Sánchez Lorenzo y Alterini, menciona que el texto determinado en la Convención alude a “*casos de fuerza mayor, imposibilidad o frustración del contrato, tal y como lo avalan los trabajos preparatorios del propio convenio*”⁷¹. Bajo la misma línea, Castro y Zapata mencionan que el artículo 79 de la CISG (por sus siglas en inglés), no alude al *Hardship* porque para que este exista se requieren de circunstancias imprevisibles realmente gravosas que generen un grave perjuicio económico a una de las partes del contrato.

En mi opinión, me mantengo en la línea de los doctrinarios citados, puesto que del texto formulado en la Convención, se pueden extraer algunos elementos que no son suficientes para constituir *Hardship*, como por ejemplo el hecho de que la situación que lo genera debe ser imprevisible y gravosa a la equivalencia económica de las partes, además, la falta de posibilidad expresa de renegociar o dar por terminado el contrato es importante para la efectividad del *Hardship*, no así la simple exoneración de responsabilidad determinada por la Convención.

- Principios de Derecho Europeo de Contratos: Estos principios preparados por la Comisión de Derecho Europeo de Contratos, estipula el *Hardship* de forma similar a los Principios UNIDROIT, y en su artículo 6:111, se refiere a estos como un cambio de circunstancias y determina lo siguiente:

(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.

⁷¹ Carmen Amalia Simone Lasso. “El *Hardship* en la Contratación Comercial Internacional”. FORO Revista de Derecho, No. 5. UASB-Ecuador / CEN. Quito, 2006. p. 89.

(2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias (...).⁷²

Posteriormente, se enumeran los elementos que configuran el cambio de circunstancias, es decir el *Hardship*, y son las mismas que las determinadas con anterioridad, y las mismas determinadas en los Principios UNIDROIT.

Además, según Alterini, se ha incluido esta norma en el cuerpo legal antedicho, en virtud de que los países de la Comunidad Europea, necesitaban de un mecanismo para arreglar las consecuencias derivadas de un desbalance contractual que conlleve a una falta de equivalencia económica entre las partes contratantes.

Aún no existe consenso en el mundo jurídico – comercial, con respecto de si el *Hardship* constituye o no un uso mercantil que se debería tener presente en todo contrato comercial internacional a pesar de que no conste expresamente determinado en el mismo. Dentro de la tendencia de que no constituye costumbre se encuentran Castro y Zapata que, haciendo mención a Jean-Jacques Arnaldez, manifiesta “*La cláusula de hardship, a pesar de la tendencia moderna, todavía no se considera incorporada dentro de los negocios jurídicos, sin necesidad de convenio en tal sentido. En conclusión, ésta no constituye un uso internacional.*”⁷³ En contradicción a lo citado anteriormente, Aniela Suditu menciona que el *Hardship* se encuentra entre los Principios UNIDROIT del Derecho Internacional Privado, y estos son considerados como la mayor recopilación de usos o costumbres dentro de la práctica mercantil. “*(...) the hardship may be considered as being a custom or an usage of the international commerce. According to art. 9 CISG and art.1.8 Unidroit Principles, the usages are trade practices widely spread and known, which are respected in a certain branch of activity.*”⁷⁴

⁷² Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Artículo 6:111.

⁷³ Ana María Castro y Ana Cecilia Zapata. “El *Hardship* en los Contratos Internacionales”. *REVISTA e Mercatoria. Volumen 4*, No. 2. 2005. p. 12.

⁷⁴ Aniela Suditu. “The Application of the Hardship Theory”. *The 6th Edition of the International Conference. European Integration Realities and Perspectives*. 2011. p. 47.

Personalmente me inclino por la segunda tesis, es decir, que el *Hardship* sí debe ser considerado como un uso o costumbre mercantil, dado que, como ya expliqué en el punto 1.3 de esta disertación, cada vez que en un contrato se menciona que el mismo se regirá por la *Lex Mercatoria*, entonces inmediatamente aplican los Principios UNIDROIT, por lo que se entiende que aplica el *Hardship*, porque se encuentra recogido en la recopilación mencionada. Además, aparte del hecho de encontrarse tipificado como *Lex Mercatoria*, el *Hardship* nace del principio *rebus sic stantibus*, el mismo que al ser principio se entiende que se aplica irrestricta e inmediatamente.

Por lo tanto, las partes que suscriben un contrato comercial internacional, y dentro del mismo no determinan una cláusula de *Hardship*, pero mencionan que su contrato se regirá por la *Lex Mercatoria*, en caso de que sea necesaria su aplicación, las partes pueden sujetarse al *Hardship* con el fin de mantener intacto el contrato y a la vez su patrimonio o situación económica, como una expresión del mismo *rebus sic stantibus*. En estos casos, queda a discreción del Tribunal Arbitral o juez que conozca del caso, decidir si acepta o no la aplicación, puesto que puede juzgar mencionando que no se encuentra cláusula expresa, y como se dijo en párrafos precedentes, el *Hardship* es de aplicación restrictiva. Estos deberán analizar las circunstancias, y estudiar cual sería el efecto más favorable y adecuado para ambas partes, procurando siempre mantener la relación jurídica con un balance económico entre las partes, o en última instancia, resolver la misma.

Si se acepta la tesis que el *Hardship* constituye un uso o costumbre mercantil, los tribunales arbitrales o jueces competentes, deben ser cautelosos cuando se trata de hacer uso del mismo para remediar malos negocios o errores de las partes. De esta manera deben prevenir su uso abusivo, y penalizar a aquellos que lo hayan hecho.

2.3. Fuerza Mayor (Act of God o Force Majeure) y Hardship:

Para desglosar con precisión las diferencias entre el *Hardship* y fuerza mayor, primero determinaré sus semejanzas.

De manera general, estas dos figuras pueden ser confundidas entre sí, puesto que tienen características similares, en las circunstancias que los configuran y en sus efectos. En todos

los casos, las situaciones o hechos son imprevistos, en los cuales no media la culpa de los contratantes, generados posterior a la celebración del acto jurídico, que eximen de responsabilidad a las partes en la falta de ejecución del contrato o incumplimiento de obligaciones pendientes. De hecho en muchas circunstancias pueden suscitar hechos de fuerza mayor y de *Hardship* al mismo tiempo, por lo que es importante aprender a diferenciarlas las unas de las otras. En concordancia a lo dicho, el artículo 30 del Código Civil prescribe que “*Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*”⁷⁵

Las diferencias que podemos encontrar entre estas dos figuras principalmente radican en su regulación legal y efectos. Con respecto a la fuerza mayor, los Principios UNIDROIT en su artículo 7.1.7., mencionan lo siguiente:

(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.

(2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.

*(4) Nada de lo dispuesto en este Artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido.*⁷⁶

Como se mencionó anteriormente, este artículo comparte muchos elementos con el artículo que regula el *Hardship*, tales como imprevisibilidad, exención de responsabilidad, falta de

⁷⁵ Código Civil de la República del Ecuador. Artículo 30.

⁷⁶ Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Artículo 7.1.7.

culpa de una de las partes y que se generan mientras se ejecuta o cumple el acto jurídico, es decir posterior a su celebración.

Pero la diferencia principal entre fuerza mayor y excesiva onerosidad, tal como lo ha puesto en evidencia de una manera acertada la Cámara de Comercio Internacional (ICC por sus siglas en inglés) en las cláusulas modelos de *Force Majeure* y *Hardship*, la primera significa que se excusa a una parte de responsabilidad si un suceso imprevisto e incontrolable no permite que esta cumpla con sus obligaciones de conformidad con el contrato; mientras que la segunda, significa que una parte solicita a otra la renegociación de los términos contractuales, en virtud de que un suceso imprevisto e incontrolable por la parte afectada, ha convertido al cumplimiento de las obligaciones contractuales excesivamente onerosas.⁷⁷

Entonces, con la diferenciación que realiza la ICC con sus cláusulas modelo, se evidencian dos elementos que difieren dependiendo de la legislación, siendo estos la gravedad de la situación imprevista, y los efectos de cada una de las figuras. Me explico, en legislaciones como la colombiana que sí contiene regulación sobre la imprevisión, diferencia entre la fuerza mayor y la excesiva onerosidad dependiendo de la dificultad o imposibilidad de ejecutar o cumplir con el contrato, dejando de lado los efectos como lo son la terminación en el caso de fuerza mayor y la renegociación en el de excesiva onerosidad.⁷⁸ En cambio, tanto los Principios UNIDROIT como lo expuesto por la ICC, no toman en cuenta la gravedad de los hechos, sino solamente los efectos.

Juan Caro Nieto, al explicar un juicio en el que la Corte Suprema de Justicia de Colombia habló acerca de la Teoría de la Imprevisión, cita el fallo, en el cual se citó a Georgi, y manifiesta que *“No debe confundirse la imposibilidad o impotencia con la dificultad. Impotencia es el obstáculo invencible. Dificultad, el obstáculo que, sin ser insuperable,*

⁷⁷ *Force Majeure literally means “greater force”. Force Majeure clauses excuse a party from liability if some unforeseen event beyond the control of that party prevents it from performing its obligations under the contract.*

A hardship clause, on the other hand, requests re-negotiation of the contract if the continued performance of one party’s contractual duties has become excessively onerous due to an unforeseen event beyond the control of that party. Véase: María Livanos Cattai. *Foreword. ICC Force Majeure Clause 2003 – ICC Hardship Clause 2003*. París, ICC Publishing S.A., 2003.

⁷⁸ Véase: Juan Caro Nieto. *La Imprevisión: Una Teoría que se Plantea pero no se Aplica*. Colombia. p. 21.

*acrecenta, tal vez de modo enorme, el gravamen del deudor; y es máxima reconocida de doctrina y jurisprudencia que la dificultad no debe considerarse como caso fortuito.”*⁷⁹ En este caso al igual que en la legislación ecuatoriana, al caso fortuito se le considera como sinónimo de fuerza mayor; y de lo dicho se entiende que, como se mencionó precedentemente, la fuerza mayor y caso fortuito son casos de imposibilidad de cumplimiento con las obligaciones contractuales, por lo tanto la excesiva onerosidad se encasilla en casos de dificultad de cumplimiento.

Subsidiariamente, muchos autores han escrito acerca de otras diferencias que se pueden encontrar entre la fuerza mayor y la excesiva onerosidad. Por ejemplo el doctrinario Aníbal Sierralta Ríos, habla acerca de la cláusula de imprevisión, y establece que “(...) *No se trata de un caso de fuerza mayor ni caso fortuito. Se trata de situaciones económicas, tecnológicas o de mercado que en el presente son distintas aquellas que existían al momento de celebrar el contrato.*”⁸⁰

2.4. Lesión Enorme:

Frecuente resulta la confusión o la asociación entre las figuras de la imprevisión y la lesión, que si bien son parecidas entre sí, tienen distintos matices que los diferencia la una de la otra.

De conformidad con el Código Civil ecuatoriano, la lesión enorme se califica de la siguiente manera:

Art. 1828.- El contrato de compraventa puede rescindirse por lesión enorme.

Art. 1829.- El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador, a su vez, sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella.

El justo precio se refiere al tiempo del contrato.

⁷⁹ *Ibíd.* p. 10.

⁸⁰ Aníbal Sierralta Ríos. Negociación y Contratación Internacional (Teoría y Casos). Lima, Legis, 2007. p. 352.

*Art. 1831.- No habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por ministerio de la justicia.*⁸¹

Entonces, de los artículos citados anteriormente, la lesión enorme existe cuando en la compraventa de un bien inmueble el vendedor recibe un precio inferior a la mitad del justo precio de la cosa, o cuando el justo precio de la cosa es menor a la mitad del total pagado por el comprador. El perjuicio a cualquiera de las partes contratantes nace en el mismo instante que se hace el pago por la cosa, y una de las partes se beneficia excesivamente a costa del perjuicio de la otra.

En cambio, la imprevisión en primer lugar puede ser aplicada a cualquier clase de contratos comerciales o civiles sin ningún problema, a diferencia de la lesión enorme que se aplica solamente a contratos de compraventa de bienes inmuebles. En segundo lugar, la imprevisión no tiene límites en cuanto al perjuicio que puede causarse, es decir, a diferencia de la lesión enorme que solamente aplica en el caso anteriormente dicho, la imprevisión se puede aplicar dentro de cualquier causal que desequilibre la conmutatividad de las partes en un acto jurídico, sean causas económicas, sociales, políticas, técnicas, entre otras. Por último, la imprevisión no nace al momento de la suscripción del contrato, sino que nace solamente si existe una situación como las descritas anteriormente, y previene que se consuma un perjuicio en contra de cualquiera de las partes, que genera un beneficio no equitativo a la otra.

Entonces, hay que tener claras las diferencias antedichas para poder hacer uso de cualquiera de las dos figuras en el momento oportuno y que no exista confusión al momento de su aplicación.

⁸¹ Código Civil de la República del Ecuador.

CAPÍTULO III

TRATAMIENTO, APLICABILIDAD E INCLUSIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y LA CLÁUSULA DE *HARDSHIP* EN EL ECUADOR.

Una vez analizados los antecedentes, requisitos, y efectos de la Teoría de la Imprevisión y el *Hardship*, en el presente Capítulo me referiré a los problemas que la aplicación de estas figuras trae consigo. De hecho, es simple analizar si una situación específica reúne ciertos requisitos para que se pueda determinar si efectivamente aplica la excesiva onerosidad, pues el planteamiento de la teoría no significa un reto sustancial, pero en la práctica se presentan ciertos problemas que no pueden ser exentos de análisis y que en realidad son aquellos sobre los cuales el estudio de la Teoría de la Imprevisión o *Hardship* se vuelve subjetivo, complejo e inexacto.

Con el fin de lograr una comprensión total del tema, cuya parte más complicada se expone a continuación, analizaré como se aplica la excesiva onerosidad en el Ecuador de frente con legislación y jurisprudencia comparada, y así lograr crear una norma que pueda ser inserta en la legislación ecuatoriana para regular la excesiva onerosidad de forma que los jueces puedan aplicar la misma sin ningún tipo de obstáculo, debido a que nuestro sistema legal es civilista y la norma escrita, tanto sustantiva como adjetiva, es indispensable para que se pueda aplicar una figura jurídica, y, para que los jueces o árbitros tengan igualmente una base normativa en la que se fundamenten sus decisiones. El por qué de lo dicho anteriormente, se basa en el hecho de que muchas veces los jueces y árbitros en menor medida (árbitros en derecho de manera general) no aceptan costumbre o doctrina, si no existe norma jurídica por detrás; inclusive muchos de ellos no aceptan una interpretación extensiva de la norma y necesitan que una disposición conste implícitamente, hecho por demás equívoco al momento de administrar justicia.

3.1. Dificultades en la Aplicación del *Hardship*⁸²:

⁸² Información de Hugo García Larriva, Director del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana. Quito, 23 de noviembre del 2012.

Como se dijo anteriormente, la mera exposición de la Imprevisión o *Hardship* no supone un reto mayor, dado que teóricamente esta ha tenido un gran desarrollo y las bases se encuentran sentadas en cuanto a su explicación. El problema deviene con respecto a su aplicación a casos concretos (como por ejemplo establecer qué es imprevisible para un comerciante determinado), dentro de los cuales derivan ciertas aristas que dificultan el objetivo mismo del *Hardship* que es la renegociación contractual.

3.1.1. Determinación de la Excesiva Onerosidad.

El primer problema que existe para saber si es aplicable la Teoría de la Imprevisión o *Hardship*, es cuándo un contrato es excesivamente oneroso, y cuándo no. Es decir, como ya mencioné en los elementos que componen estas figuras, uno de ellos es que exista una excesiva onerosidad derivada de un suceso que no pudo ser previsto por las partes (con respecto a la imprevisibilidad me referiré en el siguiente punto).

Entonces, una vez que se ha determinado la existencia de un suceso que generó un cambio en las circunstancias bajo las cuales se pactó el contrato, se debe esclarecer si el perjuicio que ese hecho o circunstancia causó a la parte afectada es el de una excesiva onerosidad en el cumplimiento del contrato, en ese caso concreto, puesto que no existe una fórmula general para determinar cuándo un contrato es excesivamente costoso. Según Caro Nieto, “Los “*Principios* (haciendo referencia a los Principios UNIDROIT) *sugieren que una alteración del 50% o más podría ser considerada fundamental.*”⁸³ Pero, lo más adecuado es analizar el caso concreto, es decir, revisar el tipo de contrato, el monto de la prestación y las partes que intervienen en el mismo, porque puede que en determinadas circunstancias un aumento en la onerosidad contractual del 40% puede ser extremadamente gravosa para una persona, y un aumento del 60% puede no resultar gravosa para otra.

Este tipo de situaciones es lo que hace que la aplicación del *Hardship* sea compleja e inexacta. Por lo que es de suma necesidad una excelente preparación de abogados,

⁸³ Juan Caro Nieto. La Imprevisión: Una Teoría que se Plantea pero no se Aplica. Colombia. p. 16.

jueces y árbitros sobre este respecto para que su uso sea adecuado y no exagerado ni abusivo.

La mejor forma de determinar si la circunstancia fue excesivamente onerosa, es bajo la figura del tercero objetivo, lo más parecido posible a la parte perjudicada en cuanto a materia, experticia y experiencia, y preguntarle si con sus condiciones económicas le es posible continuar generando negocio con respecto al contrato en cuestión, así sea a pérdida. Si la respuesta es que continuar con las prestaciones debidas significaría un perjuicio tal que no puede ser cubierto por su capital o patrimonio, generando una ruina al comerciante, entonces se entiende que el hecho imprevisto generó una excesiva onerosidad. Se debe tener siempre en cuenta que el hecho de que exista *Hardship*, significa que si se puede continuar con la ejecución o cumplimiento del contrato, pero representa una excesiva onerosidad. Si la respuesta es continuar con el negocio le generaría una pérdida, pero que no es excesiva puesto que puede ser cubierta con patrimonio, activos, capital, entre otras, entonces no existe excesiva onerosidad y no aplica *Hardship*. Puede que sea una gran pérdida, pero eso es parte de los riesgos que los comerciantes están dispuestos a correr en razón de su profesión, entonces el contrato se convierte en oneroso, pero no lo suficiente para que sea excesivamente oneroso.

Existe una dificultad adicional con respecto a determinar la excesiva onerosidad, y esto en cuanto a la capacidad económica y financiera del comerciante que sufre el perjuicio o supuesto perjuicio. Entonces el cuestionamiento que nace de este elemento de la aplicación del *Hardship*, es si el mismo se aplicaría para un comerciante que tiene una gran capacidad económica y financiera como por ejemplo una empresa denominada *deep pocket*⁸⁴, que pueda cubrir los costos de un negocio jurídico que por circunstancias imprevistas se hizo en un corto plazo un 80% más oneroso de lo que inicialmente pactaron las partes.

⁸⁴ *Deep pockets: noun abounding wealth, abundance, abundant wealth, bounteous wealth, bountiful material wealth, riches, source of sufficient funds, substantial assets, substantial support, substantial wealth, wealth, wealthy, well-off, well-provided, well-situated, well-stocked.* <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/deep+pockets> Acceso: 10 de enero del 2013.

Como expliqué en el Capítulo II, uno de los elementos que configura el *Hardship* es la falta de capacidad para asumir el riesgo de la parte afectada, elemento que va de la mano con la imprevisibilidad. De todas maneras, los Principios UNIDROIT al referirse al *Hardship* no toman en cuenta la capacidad de los comerciantes sino que se refieren solamente al contrato y a la alteración del equilibrio con respecto a las prestaciones objeto del negocio jurídico en cuestión. En consecuencia, se entendería que, en un contrato que sufre una excesiva onerosidad, no se tomará en cuenta si el monto en que se ha incrementado el contrato es representativo o no para la parte afectada, sino solamente si dicho monto altera gravemente el equilibrio contractual.⁸⁵

*(...) cabe aplicar la teoría de la imprevisión cuando se altera en forma grave el equilibrio económico del contrato, cualquiera que sea su tamaño y cualquiera que sea la capacidad económica del contratista. Lo contrario vulneraría principios superiores, como el de la igualdad de las partes ante la ley, si, frente a una misma alteración de las circunstancias, el derecho a la revisión del contrato estaría reservado sólo a los contratistas económicamente débiles.*⁸⁶

Vale la pena aclarar que esta interpretación de lo que es *Hardship* o Imprevisión varía mucho dependiendo del doctrinario que habla al respecto o de la norma jurídica que regula este tema en determinada legislación. Lo digo porque en ciertas legislaciones como la colombiana, su norma expresamente declara que el cambio de prestaciones debe resultar excesivamente oneroso para la parte afectada y no en cuanto al objeto del contrato. Haré referencia al respecto con mayor profundidad más adelante.

De todas maneras, la decisión final con respecto de tomar en cuenta la capacidad económica de las partes o simplemente el objeto del contrato para determinar si resulta excesivamente oneroso ejecutar el acto jurídico con las nuevas

⁸⁵ “Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido (...)”. Principios UNIDROIT. Artículo 6.2.2.

⁸⁶ Juan Caro Nieto. La Imprevisión: Una Teoría que se Plantea pero no se Aplica. Colombia. p. 16.

circunstancias, corresponde a las partes en la etapa de negociación, o finalmente a los árbitros o jueces.

En mi opinión, las partes deberán adaptar sus intereses dependiendo de las leyes aplicables al contrato, y alegar el sentido que les resulte más favorable, siempre y cuando fundamenten su punto de vista de conformidad con las leyes, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, para poder influir en la decisión final, que como ya se dijo, la tendrán los árbitros o jueces si es que no existe acuerdo entre las partes.

3.1.2. Determinación de la Imprevisibilidad y Grado de Diligencia Requerido.

Una vez determinado que existe una excesiva onerosidad, deviene el siguiente problema que nace con respecto a la existencia de *Hardship*, y este es el determinar si el hecho que generó un cambio de circunstancias que devinieron en una excesiva onerosidad, fue o no imprevisto.

Para poder establecer si las partes pudieron prever el suceso que alteró el equilibrio contractual, hay que considerar un elemento esencial: el grado o estándar de diligencia que se le exige a la parte afectada como comerciante. Con este elemento se esclarecerá si la persona afectada fue negligente en su actuar, exponiéndose innecesariamente a una situación que generó la excesiva onerosidad, es decir a un riesgo, y si estuvo en la capacidad de prever o no la situación que le causó un perjuicio alterando la equivalencia en la prestación que las partes deben en la ejecución de un contrato.

Entonces, este elemento esencial tiene varios hechos que se deben analizar previamente. Primero se analiza de forma exhaustiva al comerciante, y se entenderá que si este tiene más años de experiencia en un determinado negocio, estaría obligado a manejar información de manera más sensible y su estándar de diligencia sería cada vez mayor por lo que es más difícil para él alegar *Hardship* o que se le tome en cuenta lo solicitado en su pretensión. Adicionalmente, otro hecho que se debe tomar en cuenta es la parte con la cual el afectado suscribió un contrato, o la contraparte. Esto se analiza porque, por ejemplo, si la otra parte es un país que en

los últimos 5 años ha tenido alzas en los precios, han cambiado de moneda, su inflación es cada vez mayor, las reglas del juego cambian constantemente, entonces el estándar para solicitar la aplicación del *hardship* también es más alto, porque la diligencia que se requería por parte de quien hace negocios con un comerciante de esta naturaleza debe ser mayor dadas las circunstancias antes mencionadas.

Por lo tanto, ¿qué es un hecho imprevisible y qué no, de conformidad con todos los elementos necesarios para determinarlo? En caso de que las partes no puedan negociar el contrato, y quede en manos de un juez o árbitro, cualesquiera que sea debe analizar el grado de diligencia a la luz de lo dicho en el párrafo precedente, así como también, debe determinar si las acciones que la parte afectada tomó en la ejecución del contrato, fueron o no las acertadas y si se expuso o no al riesgo; es decir, si el comerciante no actuó con debida diligencia y por sus acciones negligentes sobrevino un daño o se expuso a este, la excesiva onerosidad puede ser imputable a su responsabilidad por lo que los hechos se considerarían previsibles, por lo tanto no aplicaría *Hardship*. A este respecto, Caro Nieto menciona que “*no cabe invocar la imprevisión cuando fue la negligencia del deudor en prever sus riesgos lo que dio lugar a la ruptura del equilibrio contractual.*”⁸⁷

Entonces ¿cuál va a ser el grado de diligencia que se requerirá a la parte afectada para aplicar la imprevisión contractual? ¿La de un buen padre de familia, una persona diligente de negocios o un experto en la materia? De manera general, el estándar que se aplica en estas situaciones es el de un persona diligente de negocios, puesto que al momento de suscribir un contrato comercial internacional, se entiende que las partes poseen al menos un mínimo de experiencia, tal vez no como comerciantes regulares, pero sí como profesionales que actuarán de forma diligente ante una relación mercantil, y que, por principio se entiende que conocen de los usos y costumbres mercantiles que derivan de cada acto.⁸⁸

⁸⁷ *Ibíd.* p. 18.

⁸⁸ 2) *Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.* CISG. Artículo 9.

Finalmente, la mejor manera de establecer si la parte actuó diligentemente y que los hechos que sobrevinieron y rompieron con el equilibrio contractual fueron imprevisibles, es por medio de la figura ya mencionada del tercero objetivo. ¿Por qué es tan útil esta figura? Bueno, la respuesta es simple. La mejor forma de tener certeza con respecto a una situación en la que dos partes dicen tener la razón, es por medio de una persona externa a la relación que analice la situación objetivamente, y calificará la misma desde una perspectiva externa. Para esto debe brindársele todos los elementos de juicio necesarios y podrá así, emitir una opinión que no se encuentre viciada por ningún tipo de sentimiento o expectativa. Obviamente este tercero en cuanto a condiciones deberá ser lo más parecido posible a la parte afectada, y en este punto, el juez o árbitro le preguntará si, dadas las circunstancias que se dieron, la situación pudo o no ser prevista, y si él hubiera actuado de la misma manera que lo hizo la parte afectada.

Resumiendo, en primer lugar se deberá analizar la posición, experiencia y capacidad de cada parte, luego se deberá analizar si, la parte afectada como persona diligente de negocios actuó como tal y se expuso o no al riesgo, y si estaba o no en la capacidad de prever la situación gravosa para la equivalencia económica contractual; y por último, se pondrá la situación a los ojos de un tercero objetivo externo a la relación, que podrá calificar de forma imparcial si efectivamente la persona actuó o no diligentemente, y si estuvo o no en la capacidad de prever el riesgo. Dentro de este último tema con respecto a si podía prever, entra también la toma de medidas necesarias para asumir los riesgos, o mitigar el impacto de los hechos, temas que analizaré a continuación.

3.1.3. Asunción de Riesgos.

En toda negociación y en última instancia en toda contienda legal, existen partes con intereses contrapuestos, los mismos que son la razón por la cual justamente se dan estos procesos. En temas mercantiles, los comerciantes por su naturaleza siempre tratan de sacar el mayor beneficio económico de sus actuaciones, el lucro es su objetivo. Entonces, al iniciar una relación con otra parte, su interés es el minimizar en la mayor medida posible los riesgos (entendido al riesgo como

“Contingencia o proximidad de un daño”⁸⁹) que el negocio en cuestión trae consigo, y obtener la mayor rentabilidad del mismo.

La ganancia que se espera recibir en la ejecución del negocio o a su finalización, se convierte en la expectativa principal de las partes contratantes, por lo que se busca que el acto dentro del cual se regula el negocio (contrato), reparta los riesgos entre las partes, de manera que en el caso no consentido que se genere un riesgo, el mismo se encuentre cubierto por el contrato, y la parte a la cual le corresponde asumir el gasto para remediarlo lo haga inmediatamente para que las prestaciones continúen su desarrollo sin ningún problema y cumplan su objetivo principal ya mencionado en reiteradas ocasiones: lucro para ambas partes.

Por lo tanto, el problema de la imprevisión con respecto a este tema se dirige en determinar a quién le corresponde asumir el riesgo que no fue previsto por las partes al momento de la celebración del contrato.

Según Emilio Betti, la hipótesis de que sobrevenga una causa que genere una excesiva onerosidad para alguna de las partes, crea un problema en cuanto a la equidad de la cooperación. Además hace una distinción entre lo que denomina la liberación de responsabilidad del deudor por razones de una imposibilidad objetiva de cumplir con la prestación, la misma que plantea el problema del riesgo contractual, en contraste con la excesiva onerosidad o *Hardship* que “*se trata de un acontecimiento que no produce, ciertamente, la liberación del deudor, pero que hace surgir, sin embargo, un problema de distribución de los riesgos que exceden al aleas normal del contrato. En esta hipótesis este acontecimiento, de una excesiva onerosidad de la prestación, depende de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.*”⁹⁰ Según Betti la excesiva onerosidad no se genera solamente en la ejecución o cumplimiento del contrato, sino también en el ajuste del interés (que por lo general se pactan en los contratos de tracto sucesivo para evitar imprevisibilidades con respecto a fluctuaciones de precios, cambios de moneda,

⁸⁹ Diccionario de la Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae/>. Acceso: 10 de enero de 2013.

⁹⁰ Emilio Betti. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo I. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. pp. 210, 211.

crisis económicas y financieras, entre otras), por lo que la cooperación exigida a una de las partes o a ambas resulta extremadamente onerosa, generando una ruina de la economía del comerciante.

Generalmente en contratos de tracto sucesivo a largo plazo se pactan fórmulas de reajustes de precios, debido a que es previsible que en dicho plazo los precios varíen. El hecho de que no se pacten estas fórmulas en un contrato (lo cual sería muy raro actualmente), significa que el contratista asume el riesgo con respecto al cambio de precios; pero el hecho de que se pacte, no significa que quien debe asumir el riesgo de conformidad con el contrato, debe hacerlo si los precios suben en forma desmesurada.

*Por eso, si todos los precios subieron como resultado de las nuevas circunstancias, el deudor no puede alegar imprevisión porque el aumento del costo de la materia prima afectada se verá cobijado por la fórmula adoptada sobre reajuste de precios. Pero si sólo esa materia prima subió de precio en forma sustancial, de manera que la cláusula de reajuste no absorbe ese aumento, cabe entonces analizar si el deudor asumió o no el riesgo de que se presentaran esas circunstancias.*⁹¹

Por lo tanto, en caso de que sobrevenga una excesiva onerosidad y se evite la resolución del contrato en base a la equidad en la cooperación de las partes; los riesgos que no se tomaron en cuenta al momento de celebración del negocio jurídico y devinieron en una situación de *Hardship*, deben tener el mismo trato y se debe satisfacer *“la exigencia de una congrua distribución de los riesgos frente a cambios imprevistos sobrevenidos fuera de la esfera patrimonial de una u otra parte, mediante una adecuada modificación de las condiciones contractuales.”*⁹² En este caso también el juzgador deberá atenerse a la costumbre, y determinar quién es la parte más capacitada para soportar los riesgos, así como preguntarse cuál es la práctica general en contratos del tipo que se está tratando, en circunstancias como las que se están dando.

⁹¹ Caro Nieto. La Imprevisión: Una Teoría que se Plantea pero no se Aplica. Colombia. p. 19.

⁹² Emilio Betti. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. p. 221.

3.1.4. Expectativas de Ganancia.

Otra cuestión que trae problemas con respecto a la determinación de una excesiva onerosidad dentro de un acto jurídico, es la expectativa que las partes tienen con respecto a la ganancia que se derive del contrato suscrito entre ellas.

Muchas veces las expectativas que las partes se generan con respecto a un negocio jurídico no siempre son legítimas, de lo que nace la pregunta ¿cuándo las expectativas son legítimamente concebidas? Siempre existen de por medio sentimientos que pueden cegar a las partes de algún suceso que cuando se da, estas pueden decir que fue imprevisible, cuando en realidad era completamente previsible, pero no hicieron nada al respecto dado que esa parte podía considerar como inaudito el hecho de que suceda porque vulneraría sus expectativas por lo cual la parte piensa que es injusto o ilegal; pero “(...) *el contratante no puede pretender estar asegurado por la ley contra cualquier decepción que pueda sufrir en sus expectativas, ya que, si hay expectativas razonables y legítimas, también hay otras que no tienen fundamento de legitimidad (...)*”⁹³; por lo tanto, no se puede pretender que la ley estará presente para salvaguardar a los comerciantes de malos negocios, porque de este modo se atentaría contra lo que el ya citado Betti llama autorresponsabilidad privada (entendida esta como la “*exigencia natural de la autonomía privada, en cuanto que el interesado asume necesariamente el riesgo de las consecuencias onerosas que del contrato pueden derivarse*”) y la certeza de las relaciones jurídicas.⁹⁴

El problema con la determinación de si las expectativas que las partes se generaron dentro del negocio jurídico son o no legítimas, se resuelve de la siguiente manera. Una vez analizada en su totalidad la economía del contrato (coste inicial de la prestación, valoración comparativa entre el coste y el beneficio mediante el rendimiento del mismo, recursos invertidos, entre otros) En su etapa de renegociación o bien en procesos judiciales o arbitrales, las partes, los jueces o árbitros respectivamente, deberán llamar a un tercero objetivo, y preguntarle si

⁹³ *Ibíd.* p. 213.

⁹⁴ *Ibíd.*

dadas las circunstancias que se dieron en el caso concreto, él se hubiera o no generado una expectativa. En caso de que su respuesta sea positiva, se puede entender que la expectativa fue legítima en el tema de la previsibilidad y por tanto podría ser aplicable el *Hardship*; caso contrario, se entiende que la expectativa no fue legítima, por lo tanto no aplicaría el *Hardship*.

3.1.5. Mitigación de Daños.

El otro elemento a considerar para la aplicación del *Hardship* o de la Teoría de la Imprevisión es que, una vez resuelto que el o los hechos fueron imprevisibles y onerosos, se debe determinar si la parte afectada estuvo o no en la capacidad u obligación de mitigar los daños causados por las circunstancias imprevisibles que generaron en una excesiva onerosidad. Es decir, esa excesiva onerosidad que causó o está causando un perjuicio a una de las partes contratantes, podía o no haber sido mitigada por la parte afectada. En este caso debe analizarse si la parte estaba en la capacidad de cubrir ciertos costos o gastos, o tomar ciertas medidas que transformen esa excesiva onerosidad en una simple onerosidad.

De lo dicho anteriormente muchas veces nace el problema de que la parte considera no tener la obligación de mitigar los daños para reducir el nivel de onerosidad, para no sufrir más pérdidas o para declarar la resolución del contrato. Pero deben tenerse en cuenta que el principio general no es el de resolver el contrato, sino el de preservación del negocio jurídico y que este continúe surtiendo efecto (presunción de eficacia del negocio jurídico y obligación de preservación del negocio jurídico); y, esto se desprende de la naturaleza del contrato, de que todo comerciante diligente está en la obligación de hacer todo lo que esté a su alcance o tomar todas las medidas necesarias para reducir los daños. Por lo tanto, si el afectado podía reducir o mitigar daños, entonces al momento de alegar la Teoría de la Imprevisión o *Hardship* para solicitar la renegociación, compensación, suspensión o resolución del contrato; el árbitro o juez deberá tomar en cuenta las acciones que el afectado tomó o no, para así determinar el nuevo monto bajo el cual se desarrollará el contrato, el monto que deberá ser devuelto al afectado, el tiempo de suspensión o la forma de resolución. Es decir, si la parte toma todas las medidas a su alcance para

mitigar o reducir daños, probablemente el monto sobre el cual se le compensará será mayor al monto que se le pudo otorgar en caso de que no haya tomado ninguna acción.

Por último, las partes deben ser cautelosos con lo dicho anteriormente, puesto que, si la afectada estuvo en la capacidad u obligación de mitigar daños y no lo hizo, entonces puede ser posible que no aplique el *Hardship*, porque como se ha dicho en reiteradas ocasiones, por naturaleza esta figura no arregla malos negocios ni es una salvaguarda o un “as bajo la manga” de comerciantes que toman malas decisiones.

En este punto, nuevamente la pregunta es ¿bajo qué parámetros se debe juzgar si la excesiva onerosidad podía o no ser paleada? En estos casos, además de considerar la figura ya conocida del tercero objetivo (el mismo que se encuentra en las mismas o más parecidas condiciones que la parte afectada, a quien se le preguntará si considera que la parte afectada estaba en la capacidad u obligación de reducir los daños), debe tenerse en cuenta lo analizado en puntos anteriores: la determinación de imprevisibilidad y el grado de diligencia requerido a los comerciantes, considerando si el comerciante afectado fue negligente y se expuso o no al riesgo; como también la determinación de la capacidad económica de la parte afectada, puesto que nace el cuestionamiento si la parte tenía o no los recursos necesarios para atenuar daños (tesis que iría en contra de lo determinado en los Principios UNIDROIT, pero que podría ser perfectamente aplicable al momento de resolver este problema). Otra vez, esta decisión se encuentra en manos de los jueces o árbitros.

Todos los problemas antedichos, sirven para responderse dos cuestiones de gran trascendencia. La primera de ellas es para determinar si procede o no *Hardship* o imprevisión; y la segunda cuestión es, si procediendo *Hardship*, el equilibrio contractual va a ser reajustado en lo que la una parte o la otra propone, o en el monto que el juzgador crea pertinente, considerando todos los factores anteriormente explicados: 1) cuáles eran las legítimas expectativas de las partes; 2) cuál fue la parte que sufrió el perjuicio; 3) si la parte perjudicada pudo o no mitigar los daños, si se expuso o no al daño y si actuó o no

diligentemente; y por último, 4) cuál va a ser la distribución del riesgo entre las partes y en qué medida.

Una vez analizados estos elementos, el juez o árbitro ordenará el reajuste del contrato en el monto que él crea conveniente, o en su defecto ordenará cualquier medida que se mencionó en el capítulo anterior como efecto del *Hardship* o de la Imprevisión, tales como la terminación, suspensión, compensación, velando siempre por tratar de mantener la efectividad del negocio jurídico, como también la equidad en cuanto a la cooperación interpartes de un contrato.

3.1.6. Demoras en Fase Judicial o Arbitral.

El último problema que he encontrado en cuanto a la aplicación de la excesiva onerosidad, se da con respecto al tiempo que se demora en fase judicial o en proceso arbitral, un caso concerniente a este respecto. Es decir, en caso de existir una situación de *Hardship* y se acuda a la justicia ordinaria, entonces el juicio durará entre tres a cinco años, si una de las partes apela se le debe sumar dos años más, y si una de las partes presenta un recurso de casación, entonces el juicio se extenderá un año más por lo menos. Si el contrato tiene cláusula compromisoria (actualmente sería por demás extraño que un contrato mercantil no contenga convenio arbitral), este proceso tomará alrededor de seis meses a un año.

Pues como se ha mencionado en reiteradas ocasiones, la Teoría de la Imprevisión o *Hardship* solo pueden alegarse cuando el contrato sigue en etapa de ejecución, es decir, no aplica para un contrato que no ha entrado en vigor. Por lo tanto, es muy probable que (visto el tiempo que se toma la justicia ordinaria y en el mejor de los casos un proceso arbitral) el contrato siga ejecutándose como normalmente lo viene haciendo, y finalice antes de que el juez o el tribunal arbitral dicten sentencia o emitan un laudo respectivamente, concerniente al contrato que ya ha sido ejecutado en su totalidad y que se encuentra resuelto, y la parte que soportó la excesiva onerosidad se encuentre gravemente perjudicada. Entonces, “*si el contratista sigue ejecutando el contrato, es muy posible que lo termine antes que el juez o tribunal*

ordene la revisión, con lo cual pierde su derecho a ella. Y si lo suspende, habiendo podido continuar, puede resultar responsable de indemnizar perjuicios.”⁹⁵

La tendencia para evitar llegar a fases judiciales o arbitrales donde la Teoría de la Imprevisión se demorará en ser decretada, las partes tendrán que buscar llegar a un acuerdo. No es recomendable para ninguna de las partes que el caso llegue a las instancias antedichas puesto que, para la parte afectada, el cumplimiento del contrato puede ser excesivamente perjudicial, y en caso de que no continúe con la ejecución del mismo, entonces se expone al pago de daños y perjuicios que pueden resultar mayores a lo que le hubiese costado continuar con la ejecución del contrato excesivamente oneroso; en cambio, para la otra parte, el hecho de que su contratista deje de ejecutar parcial o totalmente el acto jurídico, significa que deberá buscar otro contratista que satisfaga con su demanda (que en virtud de su negocio no puede detenerse) hasta que el juez o tribunal emita una decisión, pero es probable que este nuevo contratista cobre el nuevo precio del mercado, y así resulte más oneroso también a la parte que no era la afectada.

Finalmente, como conclusión sobre este tema tenemos que, es complicado para las partes una adecuada aplicación de la Imprevisión o *Hardship* cuando no negocian previamente las nuevas condiciones contractuales, dado a la falta de celeridad del sistema judicial. Si bien es cierto, casi todos sino todos los contratos comerciales pactan convenio arbitral en caso de que susciten controversias entre ellas, este procedimiento de igual manera puede resultar un poco tardo dependiendo del caso. Es por esto que las partes y sus abogados deben entender que lo mejor para ambas es llegar a un acuerdo que no signifique acudir a instancias judiciales o arbitrales.

3.2. La Teoría de la Imprevisión y la Cláusula de *Hardship* en el Derecho Comparado:

La mejor manera de crear una norma jurídica que se pueda implantar en la legislación ecuatoriana, con respecto a la aplicación de la Teoría de la Imprevisión en el Ecuador, es analizando aquellas que existen en el Derecho comparado, es decir en legislaciones

⁹⁵ Caro Nieto. La Imprevisión: Una Teoría que se Plantea pero no se Aplica. Colombia. p. 23.

extranjeras, y la aplicación que se ha dado a estas normas en los diferentes países donde se encuentran reguladas.

Como ya se ha visto a lo largo del presente trabajo, existen cuerpos jurídicos internacionales que contienen regulaciones sobre el *Hardship*, como por ejemplo los Principios UNIDROIT, la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, entre otras; que son perfectamente aplicables para relaciones jurídicas internacionales. Sin embargo, es indispensable conocer también las normas a nivel interno que necesariamente deben ser consideradas para aplicarlas en determinados jurisdicciones; porque, tal como se dijo en el Capítulo I, las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, pueden elegir el foro y la legislación aplicable en los contratos internacionales, entonces es preciso conocer la aplicación de estas normas en países de distintos sistemas y estilos jurídicos.

3.2.1. Legislación.

Dentro de Latinoamérica, existen tres distintos codificadores del sistema romano que implantaron el mismo en nuestra región: Andrés Bello, Dalmacio Vélez Sarsfield y Augusto Teixeira de Freitas. Dentro de los Códigos que elaboraron estos personajes, analizaré cuáles legislaciones son las que contemplan la Teoría de la Imprevisión y de qué modo.

- Argentina: Dalmacio Vélez Sarsfield incluyó en sus ideas, bajo las cuales posteriormente se crearía el Código Civil argentino, el dogma de la autonomía de la voluntad (el contrato es ley para las partes), al igual que Andrés Bello en Chile. Pues de hecho, en el Siglo XIX aún no existía la institución de la imprevisión como existe actualmente, y se creía firmemente en el principio *Pacta Sunt Servanda*, que en el caso del Código de Vélez Sarsfield solo aceptaba como excepción al mismo, la figura de la lesión.

Dentro de este Código ya se incluían ciertas ideas con respecto a la imprevisión, al mencionar que el incumplido culposo o doloso, solo responde por las consecuencias previsibles, por lo tanto no existía coherencia con respecto a la persona que incumplió

el contrato debido a circunstancias imprevisibles.⁹⁶ Por lo tanto, con el tiempo, la inclusión de la Teoría de la Imprevisión se convirtió en una exigencia por el sentido mismo del sistema argentino.

Teniendo como antecedentes la inflación que causó una depreciación monetaria a finales de los años 50, el III Congreso Nacional propuso la inclusión de la Teoría de la Imprevisión en el año de 1961, reforma que fue acogida e incluida en el Código Civil en el año de 1968.

Actualmente, luego de varias reformas, el texto legal con respecto a la imprevisión en Argentina dice lo siguiente:

Art.1198.- Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.⁹⁷

⁹⁶ Véase: Atilio Aníbal Alterini. Teoría de la Imprevisión y la Cláusula de Hardship. Internet. <https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0311/1/.../150228>. Acceso: 3 de abril del 2012.

⁹⁷ Código Civil de la República Argentina.

- Brasil: En el Código Civil brasileño, escrito por Augusto Teixeira de Freitas, no se aceptó la inclusión en el texto de la Teoría de la Imprevisión, sin embargo, los juristas, han aplicado el artículo 1954 que consagra la regla de la buena fe, para justificar el uso de la imprevisión (al igual que en nuestro país como veremos en más adelante).

Posteriormente se presentó un Proyecto de modificación del Código Civil, el mismo que estuvo en tratamiento por más de un cuarto de siglo antes de hacer efectivas las reformas⁹⁸. Actualmente, el texto que consta prescrito en el Código Civil se lo encuentra en la sección de la resolución de los contratos por excesiva onerosidad, siendo el siguiente:

Artículo 478: En los contratos de ejecución continuada o diferida, si la prestación de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, con extrema ventaja para la otra, en virtud de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, el deudor podrá pedir la resolución del contrato. Los efectos de la sentencia que decreta la resolución del contrato regirán desde la fecha de la citación.

Artículo 479: La resolución podrá ser evitada si el demandado ofrece modificar equitativamente las condiciones del contrato.

Artículo 480: Si en el contrato estuviera obligada sólo una de las partes, ella podrá demandar que su prestación sea reducida, o alterado el modo de ejecutarla, a fin de evitar la onerosidad excesiva.⁹⁹

Como se observa claramente del texto citado, se consagra la excesiva onerosidad y se recoge todos los elementos necesarios para su configuración (eventos imprevistos, que se genere una excesiva onerosidad, inequidad en las prestaciones, inimputabilidad a una de las partes por los sucesos), al igual que los efectos consagrados por la doctrina y normativa a nivel internacional.

⁹⁸ Véase: Atilio Aníbal Alterini. Teoría de la Imprevisión y la Cláusula de Hardship. Internet. <https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0311/1/.../150228>. Acceso: 3 de abril del 2012.

⁹⁹ Código Civil de la República Federativa de Brasil.

- Chile: El Código Civil chileno elaborado por Andrés Bello, del cual deriva el Código Civil ecuatoriano, no contempla la Teoría de la Imprevisión debido a la arraigada institución de la autonomía de la voluntad de las partes, que en el artículo 1545 expresa “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”¹⁰⁰. En virtud de este artículo se entiende que el *Pacta Sunt Servanda* es tan fuerte que no da lugar al *Rebus Sic Stantibus*, es por esto que no se tomó en cuenta la Teoría de la Imprevisión Contractual.

A pesar de lo dicho en el Código, algunos juristas chilenos han impulsado la inclusión de la misma en el texto legal, y como fundamento utilizan el artículo que habla acerca de la buena fe y que todo contrato debe ser ejecutado de conformidad a la misma; mencionando que en virtud de esta, pueden existir excepciones al dogma de la autonomía de la voluntad. En este argumento coinciden tanto los juristas brasileros como los chilenos. A pesar de esto, la tesis esgrimida por estos juristas chilenos “*no la admiten ni la jurisprudencia judicial ni los laudos de los árbitros juris, y sólo ha sido acogida por algunos tribunales arbitrales de amigables componedores.*”¹⁰¹

De igual manera que en Brasil, ha sido elaborado un proyecto de ley que fue presentado al Congreso, en el cual se incluye la teoría de la imprevisión, y esta entidad se encuentra recopilando opinión y antecedentes de académicos.

- Colombia: El Código Civil colombiano, al igual que todos los anteriores y todos los siguientes a revisar, recoge el dogma de la autonomía de la voluntad de que el contrato es ley para las partes¹⁰². Pero, como excepción a este principio, recoge la Teoría de la Imprevisión en su Código de Comercio.

¹⁰⁰ Código Civil de la República de Chile.

¹⁰¹ Atilio Aníbal Alterini. Teoría de la Imprevisión y la Cláusula de Hardship. Internet. <https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0311/1/.../150228>. Acceso: 3 de abril del 2012.

¹⁰² Artículo 1602.- *Los Contratos son Ley para las Partes: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.* Código Civil de la República de Colombia.

A pesar de que esta conste prescrita en la ley, Caro Nieto menciona que es una teoría que se plantea y de la que mucho se habla pero que no se aplica. Pues de hecho afirma que en las tres sentencias dictadas en los años 30, bajo las cuales se sentaron las bases para realizar las reformas correspondientes e incluir en la ley este tema, ninguna de ellas aplicó afectivamente la imprevisión, solo la mencionaban; y que, en una de ellas no era necesario siquiera hablar acerca de la misma.

Teniendo estos antecedentes, en 1971 se incluyó la Teoría de la Imprevisión en el Código de Comercio, no obstante, la misma se empezó a aplicar recientemente de forma adecuada y continua tanto en los tribunales arbitrales como en los judiciales. De hecho los fallos o laudos dictados en Colombia con respecto a este tema son motivo de estudio por su profundidad y conocimiento del mismo.

Artículo 868.- Revisión Del Contrato Por Circunstancias Extraordinarias: Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.¹⁰³

Este texto contiene todos los elementos necesarios que se requieren para que aplique la imprevisión, y de hecho tiene una diferencia con la norma dictada en el Código Civil argentino y peruano (como analizaré a continuación), con respecto a la aplicación de la misma en los contratos aleatorios (la equivalencia contractual depende de una contingencia incierta de pérdida o ganancia).

¹⁰³ Código de Comercio de la República de Colombia.

Mientras la norma de la imprevisión en Colombia no permite que se aplique a este tipo de contratos, que conllevan un mayor riesgo que otros, en Argentina y Perú se permite que se aplique, siempre y cuando la excesiva onerosidad se dé por causas extrañas o distintas al riesgo mismo que conlleva la ejecución del contrato aleatorio. Norma que me parece más adecuada en virtud del principio de buena fe y de equidad contractual, puesto que ciertamente pueden ocurrir circunstancias muy distintas e imprevisibles de los riesgos normales que acarrear los contratos aleatorios al momento de su ejecución, y causan un desbalance en la prestación obligada a cada parte; pero, de los cuales ciertamente se debe tener particular cuidado al momento de aplicar la Teoría de la Imprevisión.

- Perú: El Código Civil de la República del Perú, igualmente de corte romano, inspirado en el Código Napoleónico de Francia, pero alejado de los principales codificadores latinoamericanos mencionados anteriormente; actualmente prescribe un Título particular para la excesiva onerosidad por imprevisión contractual, que puede seguirse como modelo para legislaciones que no contemplan este tema. A continuación cito el texto legal que nos incumbe en su totalidad:

TITULO VIII Excesiva onerosidad de la prestación

Artículo 1440.- Definición: 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.

Artículo 1441.- Extensión de la excesiva onerosidad de la prestación: Las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican:

1.- A los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella. 224

2.- A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

Artículo 1442.- Excesiva onerosidad en contratos con prestación de una parte: Cuando se trate de contratos en que una sola de las partes hubiera asumido obligaciones, le es privativo solicitar judicialmente la reducción de la prestación a fin de que cese su excesiva onerosidad.

Si no se puede reducir la prestación, rige lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1440.

Artículo 1443.- Improcedencia de la acción: No procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada.

Artículo 1444.- Nulidad de la renuncia a la acción: Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación.

Artículo 1445.- Caducidad de la acción: La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el artículo 1440.

Artículo 1446.- Determinación del término inicial del plazo de caducidad: El término inicial del plazo de caducidad a que se refiere el artículo 1445 corre a partir del momento en que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.¹⁰⁴

Del texto transcrito, es necesario hacer mención en dos aspectos que diferencia al sistema peruano con respecto a la imprevisión del resto. El primer punto novedoso que plantea el Código citado, es la irrenunciabilidad de la acción por excesiva onerosidad. Esto busca que las personas nunca pierdan su derecho a utilizarla en caso de que sea necesario y que no sufran un grave perjuicio

¹⁰⁴ Código Civil de la República del Perú.

patrimonial. El segundo y último punto novedoso, es el hecho de que se determina el tiempo de tres meses a partir del momento en que cesa la excesiva onerosidad superviniente, para que caduque la acción por imprevisión. De hecho, esto puede resultar más favorable en la práctica para que las partes no abusen de este derecho otorgado, y además se quita la discreción al juez o árbitro para determinar si el tiempo en el cual se plantea la acción es prudente para que aplique, dado que en instrumentos internacionales se menciona que el *Hardship* debe solicitarse en un tiempo prudencial no muy prolongado desde que feneció el suceso, pero no determina cuál es este tiempo. Es por esto que la decisión del legislador peruano para imponer un plazo para que opere la caducidad, me parece acertada.

- Estados Unidos de Norteamérica: Como mencioné en el capítulo anterior, en el derecho anglosajón la figura del *Hardship* nace de la denominada frustración contractual, esto es que, el objetivo u objeto del contrato se ve frustrado por causas ajenas a una de las partes, la parte que se ve perjudicada puede no cumplir con ese objetivo u objeto. En la actualidad, este principio continúa vigente en el *common law*, siendo recogido en el *Restatement of Contracts*¹⁰⁵. Pero, adicionalmente a la frustración contractual, el legislador estadounidense incluyó en el Código de Comercio Uniforme (*Uniform Commercial Code - UCC-*) la figura de Impracticabilidad Contractual¹⁰⁶ (*Excuse by failure of Presupposed Conditions*), que es un principio semejante a la excesiva onerosidad. De hecho el texto es muy parecido a lo determinado en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías en su artículo 79 ya analizado en la presente disertación.

De manera general, el artículo 2-615 del UCC menciona que una parte está exenta de culpa en el retraso de la entrega o no entrega de bienes objeto de un

¹⁰⁵ *Restatement of Contracts* es una codificación privada realizada por el *American Law Institute*, sobre los principios que rigen en el *common law*. La frustración contractual se encuentra prevista en el artículo 288.

¹⁰⁶ Véase: Caro Nieto. La Imprevisión: Una Teoría que se Plantea pero no se Aplica. Colombia. p. 12.

contrato comercial, si es por una contingencia que no pudo ser asumida o prevista.¹⁰⁷

3.2.2. Jurisprudencia.

Para terminar de comprender de la mejor manera posible lo relacionado con la Imprevisión o *Hardship*, citaré una jurisprudencia que ayudará a determinar cómo debe ser el tratamiento que se le da a esta figura en Colombia. Visto que el sistema jurídico colombiano es muy parecido al ecuatoriano, y después de analizar la legislación y doctrina al respecto, me parece pertinente hacer mención a otro laudo arbitral dictado en ese país, que por experiencia y capacidad de sus juristas, han logrado llegar a ser los pioneros conjuntamente con Argentina en cuanto al tratamiento y aplicación de esta figura jurídica en América Latina, tanto sus abogados al alegarla o defenderse de ella, como los árbitros o jueces al rechazarla o aceptarla y darle la aplicación efectiva.

El caso objeto de análisis se denomina “CONSORCIO WIESNER 2003 vs. EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.” Este proceso arbitral se llevó a cabo en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, sobre el cual se emitió su laudo el día 19 de noviembre del 2007.

El Consorcio Wiesner 2003 (en adelante “Consortio”), se formó para suscribir un contrato cuyo objeto era la construcción de las obras para la optimización del sistema de aplicación de cal para la planta Francisco Wiesner. Sobre el asunto de fondo, el Consortio pretendía que se declare el alza del precio del acero como una

¹⁰⁷ § 2-615. *Excuse by Failure of Presupposed Conditions: (a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller that 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 (...). Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos de Norteamérica.

circunstancia extraordinaria, totalmente imprevista al momento de suscribir el contrato, que encareció y agravó las prestaciones de futuro cumplimiento dentro del contrato celebrado, ocasionando un aumento del costo del mismo en un 20%, resultando excesivamente oneroso para el demandante. Por lo tanto solicita que se declare la existencia de un desequilibrio económico que no ha sido cubierto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. (en adelante “la Empresa”), y que se ordene a esta última, al restablecimiento de los derechos del Consorcio por medio del pago de lo que este último gastó excesivamente, más las utilidades que esperaba percibir. Cabe resaltar que el Demandante alegó haber notificado a tiempo al Demandado sobre la excesiva onerosidad sobrevenida, y solicitar que se le reconociera los costos adicionales en la liquidación de contrato.

La Empresa en su contestación a la demanda propuso principalmente la excepción de inexistencia de la obligación, en virtud de que nunca se pactaron cláusulas modificatorias al acuerdo inicial, ni existe fuente formal en la que se declare la responsabilidad de ésta frente a gastos adicionales. Por lo tanto, ateniéndose al principio de *pacta sunt servanda*, la Empresa establece que no existe obligación de reponer gastos sobre los cuales nada se dijo en el contrato inicial, careciendo de responsabilidad sobre aquellos sucesos.

Adicionalmente, manifiesta que el Demandante en su calidad de experto en la construcción, con amplia experiencia en su campo, debía conocer acerca de los aumentos de precios en las materias primas que se utilizarían en el cumplimiento del contrato; especialmente, conociendo que la misma tendría una alta necesidad de acero, se pregunta ¿cómo el demandante no conocía de los factores que acusa de imprevisibles, cuando en el ejercicio de su profesión, él debía conocer o prever?

En la parte resolutive del laudo emitido dentro de este proceso, el Tribunal primero llega a la conclusión de que el marco normativo del contrato es de derecho privado, por lo tanto se rige por el derecho civil y comercial, que como ya vimos en el punto anterior, el Código de Comercio colombiano es en el que se incluye la Teoría de la Imprevisión.

En segundo lugar, realiza un análisis acerca de lo que es la mencionada Teoría, como revisión judicial de los contratos, y manifiesta que se debe “*analizar la teoría de la imprevisión, la cual no es nada distinto de un mecanismo jurídico creado para permitir la adaptación de los contratos frente a un “[...] desequilibrio grave que se produce entre las prestaciones contractuales, como consecuencia de un alza considerable e imprevista de los precios. [...] La imprevisión es una cuestión de orden económico y financiero. Ésta se encuentra vinculada a las fluctuaciones de los precios.*”¹⁰⁸

A continuación, el Tribunal realiza un análisis de las situaciones o supuestos de hecho, en los cuales cabe la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, es decir, los factores que deben acumularse en determinadas circunstancias para aplicar esta figura jurídica, por ejemplo: sólo aplica para contratos onerosos conmutativos de tracto sucesivo (la legislación colombiana excluye expresamente a los contratos conmutativos aleatorios), que las circunstancias sean externas a las partes, posteriores a la celebración del contrato, es decir durante su ejecución, que sean imprevisibles (hace una distinción entre imprevisto e imprevisible, concluyendo que el término correcto es este último “*debido a su carácter inusitado*”¹⁰⁹), y que generen una excesiva onerosidad alterando las bases del contrato.

Seguido a lo anterior, el Tribunal manifiesta que reunidos los fundamentos de hecho mencionados, el juez puede o bien renegociar el contrato, o darlo por terminado, siendo la primera la solución más satisfactoria para las partes y el objetivo principal de esta Teoría; y, siendo la segunda una sanción reservada para la ineficacia de la renegociación.

Ahora bien, empatando los hechos del caso con lo determinado por la ley, jurisprudencia y doctrina, el Tribunal analiza y concluye que el contrato celebrado era conmutativo de tracto sucesivo, que el alza del precio del acero fue ajeno a las partes, y se dio durante la ejecución del contrato. Con respecto a la previsibilidad,

¹⁰⁸ Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. CONSORCIO WIESNER 2003 vs. EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. 19 de noviembre del 2007.

¹⁰⁹ *Ibíd.*

el Tribunal consideró de gran ayuda realizar un cálculo de probabilidades para determinar si las alzas eran imprevisibles para un profesional en la materia como es el Consorcio, y concluyó mencionando que efectivamente era imprevisible el hecho suscitado con el acero, puesto que se probó que dentro del ámbito profesional de los constructores, toda la industria estaba conmocionada por los hechos, emitiendo notas de prensa, reportes, editoriales, entre otros. Ante esto, el Tribunal mencionó que *“el hecho de tomar en cuenta todas las circunstancias que podrían afectar un contrato, incluso las menos probables, elevaría tanto los costos de negociación y celebración de la convención que se volvería prácticamente imposible su conclusión.”*¹¹⁰

Finalmente, se analiza si el alza de más menos 44% del precio del acero, generando un incremento de 19,56% del costo final del contrato, fue o no excesivo en el caso concreto, generando un desequilibrio en las prestaciones de futuro cumplimiento. Para determinarlo, el Tribunal hace la siguiente deducción que vale la pena citar:

Si partimos del supuesto de que el aumento previsible en los costos del acero era del 9% (debido a la inflación esperada para el año 2005) (folio 287, Cuaderno 1 de pruebas), el impacto en el costo hubiera sido del 4%; mientras que un aumento imprevisible del 44,01% generó un aumento en el costo del 19,56%, lo cual nos da una diferencia del 15,56%. En pocas palabras: si el impacto total del aumento del precio del acero fue del 19,56% y el previsible era sólo el 4%, esto significa que, del 100% del impacto real, el contratista sólo pudo presupuestar en su precio una variación del 26,66% (el 4% previsible), dejando por fuera de sus cálculos el 73,33% restante (el 15,56% imprevisible).

En este orden de ideas, del monto certificado por el perito, \$ 203'726.225, correspondiente al impacto total del 19,56%, hay que descontar el impacto correspondiente al incremento previsible -4% de impacto, por un aumento previsible del 9%-, es decir, \$ 41'661.805, el cual la convocante asumió en el contrato, cuyo precio no incluía fórmula de ajuste. Así, pues, el sobre costo correspondiente al aumento imprevisible, no asumido en el contrato, es de \$ 162'064.420.30, es decir, el 15,56% de impacto.

¹¹⁰ *Ibíd.*

El Tribunal considera que este sobre costo resultó excesivamente oneroso para la convocante y, por ende, alteró las bases del contrato.

Por último, el Tribunal Arbitral condenó a la Empresa a la restitución del 15,56% de impacto imprevisible, a favor del Consorcio.

La sentencia analizada es clara, ejemplificativa y doctrinaria. Esta misma aplicación y razonamiento de lo que es la Teoría de la Imprevisión, es la que se pretendería aplicar en nuestro país una vez que contemos con una norma jurídica que soporte esta institución.

Existe además un laudo arbitral en el cual se alega la excesiva onerosidad, pero el Tribunal rechaza su aplicación. YAMIL SABBAGH SOLANO, DAVID VEGA LUNA, CONSTRUCCIONES NAMUS LTDA., D & S LTDA. y SOHINCO CONSTRUCTORA LTDA. vs. EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., es el nombre del proceso arbitral e igualmente se llevó a cabo en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y dentro del mismo el 23 de agosto del 2007 el Tribunal Arbitral emitió su laudo en el que si bien no se aplica la Teoría de la Imprevisión, se hace mención a la misma y se realizan ciertas consideraciones importantes con respecto a cómo los abogados debemos alegarla, y cuáles elementos, aparte de los analizados en la sentencia anterior, son los que los jueces deben verificar.

Como sinopsis del caso, tenemos que el consorcio de constructores referido en el nombre del proceso, demanda a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, el cambio de la fórmula de reajuste económico, puesto que en la misma se toma en cuenta el precio de cemento y no del concreto, siendo este último el material que más se utilizaba en la obra objeto del contrato. La pretensión de los demandantes nace de una reducción sustancial del costo del cemento, lo cual al aplicar la fórmula de reajuste, disminuyó el costo de ganancia de los mismos; mientras que el precio del concreto aumentó (que como ya dije, era el material más utilizado en la obra). Finalmente, el Tribunal decidió desechar las pretensiones propuestas y en consecuencia la demanda.

La Teoría de la Imprevisión en este caso sale a renombre puesto que el Tribunal menciona que, los demandantes podrían haber logrado la renegociación del contrato por medio de esta, pero menciona que, al no ser alegada entonces no puede ser aplicada.

Encuentra también el Tribunal que los convocantes habrían podido solicitar la revisión de la cláusula de reajuste, por considerar que con posterioridad a la celebración del contrato se dieron circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, con base en lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio, pero no lo hizo así y este Tribunal, ante la petición clara y expresa que hemos venido analizando, no puede cambiar el petitum (...) Sin embargo, se insiste, por una parte, el juez no puede dar aplicación oficiosa al artículo 868 del Código de Comercio, y por la otra, la aplicación de la teoría de la imprevisión trae como consecuencia el correctivo en equidad que libremente disponga el juez y no la aplicación de una fórmula precisa y exacta que establezca el demandante en su petitum.¹¹¹

Por lo tanto, este laudo es igualmente importante puesto que da visos claros de cómo debe aplicarse la Teoría de la Imprevisión. En primer lugar determina si el contrato es público o privado; una vez aclarado que es un contrato privado, entonces revisa si el artículo del Código de Comercio relativo a la Imprevisión puede o no ser aplicado, concluyendo que al no ser alegado, el Tribunal no puede aplicarlo de oficio. Por último manifiesta algo sobre lo que he reiterado durante la disertación, que es que la Imprevisión no puede aplicarse para salvar malos negocios, y lo hace de la siguiente manera: “*Se reitera, no puede este Tribunal cambiar una fórmula contractual de reajuste, así esta arroje índices negativos para una de las partes, por otra que al aplicarse convierta en positivo el resultado para la parte afectada, ya que de esta forma se estaría violando el principio legal de que el contrato es ley para las partes (pacta sunt servanda) (...).*”¹¹²

¹¹¹ Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. YAMIL SABBAGH SOLANO, DAVID VEGA LUNA, CONSTRUCCIONES NAMUS LTDA., D & S LTDA. Y SOHINCO CONSTRUCTORA LTDA. vs. EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. 23 de agosto del 2007.

¹¹² *Ibíd.*

3.3. La Teoría de la Imprevisión y la Cláusula de *Hardship* en el Ecuador:

El Ecuador posee un Código Civil inspirado en el elaborado por Andrés Bello en Chile, es por este motivo que no se encuentra regulada la Teoría de la Imprevisión y no se han presentado reformas al mismo, que contengan la inclusión de la excesiva onerosidad. En el este, al igual que en todos los Códigos Civiles analizados en puntos anteriores, consagra el denominado dogma de la autonomía de la voluntad, en el que claramente se ve el principio *Pacta Sunt Servanda*: “Art. 1561.- *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*”¹¹³

Bajo esta perspectiva, a continuación analizaré de qué forma la Teoría de la Imprevisión o *Hardship* podría ser aplicable en el Ecuador, además de revisar jurisprudencia al respecto, y finalmente proponer el texto legal que podría ser insertado en el Código Civil como una reforma que incluya la excesiva onerosidad. Así se otorgará de esta manera, la posibilidad a personas que encontrándose en una relación contractual y sufren un desbalance en la equivalencia económica del mismo, que puedan restablecer esta equidad y no sufrir un grave perjuicio económico.

3.3.1. La Buena Fe como Medio para la Aplicación del *Hardship*.

El por qué de mi énfasis en las actuaciones de los jueces y en menor medida de los árbitros descritas en la introducción del presente capítulo, se debe a que, entre los problemas con respecto a la aplicación del *Hardship* en el Ecuador, tenemos que algunos juristas ecuatorianos, al igual que los chilenos, sustentan la regulación y aplicación del mismo bajo una norma jurídica del Código Civil: “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.*”¹¹⁴

¹¹³ Código Civil de la República del Ecuador.

¹¹⁴ *Ibidem*. Artículo 1562.

Esto se sustenta por medio de un método llamado analogía *juris*, que según Fueyo Laneri, en el caso que nos ocupa, ayuda a establecer mediante un motivación razonada, si existe una salida judicial a un conflicto originado por un tema de excesiva onerosidad. Este método consta en que, “*sobre la base del articulado que se refiere a otros institutos en los cuales se ha querido ver el origen o fuente de esta materia, en forma que estando consagrados aquéllos, también estaría aceptada la teoría en examen.*”¹¹⁵

Si bien es cierto el artículo citado del Código Civil no hace referencia alguna a la excesiva onerosidad por imprevisión contractual o *Hardship*, la misma norma claramente menciona que por la buena fe, las obligaciones naturales que han emanado del mismo contrato o de la costumbre deben observarse. Es decir, primero: las reglas de interpretación de los contratos según el Código Civil son la intensión de las partes, el tenor literal del contrato y luego a lo que cuadre con la naturaleza del contrato. Segundo: la interpretación por intensión y por literalidad, queda de lado frente a la obligación natural del negocio jurídico¹¹⁶. Entonces, en el supuesto que exista una situación bajo la cual una de las partes sufrirá un perjuicio económico sustancial que se puede considerar como excesivo, por el principio de buena fe, se tendría que observar las actuaciones de los comerciantes en el medio, no como una fuente de derechos sino más bien como el alcance de la disposición normativa que rige el contrato, para que las partes puedan regular sus intereses, y en determinadas circunstancias las personas pueden entender que en base a la buena fe un comerciante diligente renegociaría el contrato, para así evitar que se genere un perjuicio y por ejemplo un enriquecimiento sin causa, que si bien no está penado, da derecho a la restitución de lo injustamente ganado.

Respecto al tema de la buena fe contractual, Betti menciona que no es humano por antisocial, pretender que una de las partes sacrifique su existencia patrimonial con el fin de cumplir un contrato que cambió sus circunstancias iniciales temporal o permanentemente.

¹¹⁵ Fernando Fueyo Laneri. Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I. p. 761. Internet. <http://doctrina.vlex.cl/vid/teoria-imprevision-231349725> Acceso: 21 de abril del 2012.

¹¹⁶ Véase: Código Civil del Ecuador. Artículo 1576 ss.

La buena fe es, ciertamente, fidelidad, obligación de cooperar en interés ajeno para que se satisfagan las legítimas expectativas ajenas; pero ante el hecho de sobrevenir sucesos imprevisibles, que exceden del aleas normal del tipo de contrato pactado (aleas que cada contratante debe tener en cuenta para hacer sus cálculos), la misma buena fe, entendida como fidelidad y obligación, no puede llegar hasta el punto de exigir el sacrificio de la exigencia patrimonial.¹¹⁷

De hecho, al amparo de este principio, la interpretación del negocio jurídico debe ajustarse al sentido de justicia y equidad en la cooperación de las partes, dejando de lado cualquier interpretación meramente formalista y literal del contrato. En efecto, es una excepción del *pacta sunt servanda*, tal como el *rebus sic stantibus* y la Teoría de la Imprevisión o *Hardship*.

Aún a pesar de que se profundice con la línea de que bajo la buena fe es viable la aplicación del *Hardship* en el Ecuador, considero necesario incluir en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una norma que regule el *Hardship* expresamente, para su efectiva e inexcusable aplicación judicial o arbitral.

3.3.2. *Rebus Sic Stantibus*.

Como he mencionado constantemente en la presente disertación, el principio *Rebus Sic Stantibus* nace como una limitación al *Pacta Sunt Servanda*, y establece que las obligaciones no estipuladas en un contrato y se originen en la ejecución del mismo, son válidas y vinculantes para las partes, siempre y cuando las circunstancias iniciales, bajo las cuales las partes prestaron su consentimiento para obligarse, se mantengan. Por lo tanto, haciendo una interpretación de este principio, se podría entender que si derivan circunstancias que generen un perjuicio a una de las partes, entonces la afectada, en virtud de este principio (se podría entender que se aplica irrestrictamente), puede negarse a cumplir con las nuevas obligaciones, puesto que no se alinean a las condiciones bajo las cuales consintió en la suscripción del acto

¹¹⁷ Emilio Betti. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. p. 215.

jurídico. Se entiende que este principio se aplica irrestrictamente, puesto que según el mismo, se considera que hay una cláusula tácita sobre este respecto.

Se debe recalcar que este principio nace en virtud del principio de buena fe, explicado en el punto precedente. Por lo que su aplicación también se encuentra condicionada al mismo.

El fundamento objetivo de la cláusula "rebus sic stantibus" se ha buscado fundamentalmente a través del principio de la buena fe. La relación entre el problema de la modificación sobrevenida de las circunstancias y el principio general de la buena fe ha sido establecida, sobre todo, por la doctrina y por la jurisprudencia alemana.¹¹⁸

Se podría pensar que el principio objeto de este punto, puede ser otra solución a la falta de legislación con respecto al *Hardship* en nuestro país, para que se encargue de resolver los problemas que sufren los contratos y sus partes con respecto a una excesiva onerosidad sobrevenida.

Evidentemente este tema es bastante subjetivo y puede generar serios abusos en cuanto a su aplicación, dado que se dejaría la aplicación de la Teoría de la Imprevisión a la presunta voluntad de las partes para celebrar el contrato; pudiendo estas liberarse del cumplimiento de un contrato (en el caso que la obligación se torne excesivamente onerosa para el deudor, o para solicitar un reajuste de precio cuando el acreedor se vea perjudicado).

Entonces, la aplicación del principio *Rebus Sic Stantibus* para resolver problemas de excesiva onerosidad, puede “llegar a producir un resultado inesperado, no deseado por las partes al contratar y que puede representar un gravamen excesivo a consecuencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles pudiendo

¹¹⁸ Sergio Agüera. La Cláusula "Rebus Sic Stantibus" ¿Una Posible Solución Para Aquellos Que No Pueden Cumplir Con Sus Obligaciones Contractuales? Internet. http://vlex.com/vid/rebus-sic-stantibus-cumplir-contractuales-213818813?ix_resultado=1.0&query%5Bbuscable_id%5D=4&query%5Bbuscable_type%5D=Coleccion&query%5Bq%5D=teor%3%ADa+de+la+imprevisi%3%B3n Acceso: 25 de abril del 2012.

producir como extremo la ruina de uno de los obligados.”¹¹⁹ Por lo tanto, se vuelve una lotería el hecho de pretender resolver situaciones de excesiva onerosidad por el sólo uso del *Rebus Sic Stantibus*, debido a su falta de tecnicidad, o inclusive a la no aplicabilidad del mismo por parte de los Tribunales Arbitrales o jueces.

Es bastante complicado que los Tribunales Arbitrales o jueces apliquen este principio implícito en los contratos especialmente en aquellos de tracto sucesivo, porque su aplicación se encuentra condicionada a la comunión de algunos requisitos indispensables que son: un cambio de circunstancias de manera extraordinaria, que causen una desproporción en la equivalencia de las partes, que las circunstancias fueran imprevisibles sin que medie culpa o dolo por alguna de las partes, y por último, que no exista otro mecanismo o medio jurídico para compensar el desequilibrio contractual¹²⁰. Como se puede ver claramente, los requisitos son los mismos que los necesarios para la aplicación de la Teoría de la Imprevisión o *Hardship*, pero varían en que el *Rebus Sic Stantibus* puede ser aplicado solamente si no existe otro medio que regenere la relación jurídica. Entonces en caso de que exista una cláusula de excesiva onerosidad, el *Rebus Sic Stantibus* no se aplica.

Adicionalmente, y para terminar, el principio del cual hemos venido hablando es ciertamente una excepción al *Pacta Sunt Servanda*, principio padre de toda relación contractual, es por este motivo que la aplicación del *Rebus Sic Stantibus* se vuelve bastante condicionada y en muchas ocasiones imposible de aplicar, porque al no existir un mecanismo explícito como por ejemplo una cláusula de *Hardship*, los Tribunales Arbitrales o jueces pueden considerar que las partes deben ceñirse al contrato y a las nuevas circunstancias como obligaciones naturales derivadas del mismo, por lo tanto mantienen el *Pacta Sunt Servanda*, no aplican el *Rebus Sic*

¹¹⁹ Fernando Fueyo Laneri. Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I. p. 779. Internet. <http://doctrina.vlex.cl/vid/teoria-imprevision-231349725> Acceso: 21 de abril del 2012.

¹²⁰ Véase: Sergio Agüera. La Cláusula "Rebus Sic Stantibus" ¿Una Posible Solución Para Aquellos Que No Pueden Cumplir Con Sus Obligaciones Contractuales? Internet. http://vlex.com/vid/rebus-sic-stantibus-cumplir-contractuales-213818813?ix_resultado=1.0&query%5Bbuscable_id%5D=4&query%5Bbuscable_type%5D=Coleccion&query%5Bq%5D=teor%C3%ADa+de+la+imprevisi%C3%B3n Acceso: 25 de abril del 2012.

Stantibus, y las partes o una de ellas sufre un grave perjuicio por la ejecución del contrato. Es por esto que, una vez más se hace necesaria, por seguridad jurídica, la inclusión del *Hardship* en la legislación e irrestrictamente en los contratos.

*Los laudos sientan el principio de la aplicación restrictiva de la teoría rebus sic stantibus, y algunas veces argumentan que cuando las partes no quieren soportar el riesgo del cambio de circunstancias deben incluir en el contrato una cláusula de hardship.*¹²¹

3.3.3. Jurisprudencia.

Visto que en el Ecuador no existe norma legal que regule la Teoría de la Imprevisión, existen muy pocas sentencias en las cuales se aplica esta figura o al menos sea mencionada u objeto de análisis como medio para llegar a una conclusión distinta. Entre las pocas sentencias en las cuales al menos se hace referencia a la Teoría de la Imprevisión tenemos las siguientes:

El 11 de noviembre de 1981, la Sala de lo Civil y Comercial de la Corte Suprema de Justicia, emite su sentencia en el juicio iniciado por Amazonas Cía. Anónima de Seguros (en adelante “Amazonas”) en contra de Sociedad General C.A. La demandante construía un edificio en la ciudad de Guayaquil, por lo que contrató de manera anticipada los servicios de la demandada para que instale el sistema integral de aire acondicionado de determinadas características. Esta instalación debía realizarse hasta el día 30 de agosto de 1979 en los pisos que debían ser ocupados unos días posteriores, y hasta el 30 de septiembre del mismo año en el resto del edificio. La demandada no cumplió con este compromiso, y Amazonas le hizo conocer en reiteradas ocasiones que se encontraba sufriendo graves perjuicios económicos como consecuencia del retardo. Es por esto que en Febrero de 1980 Amazonas solicita que se realice una inspección judicial al edificio, llevándose a cabo la misma en el mes de julio del mismo año, y así se constató que Sociedad General se hallaba en mora, por lo que Amazonas presenta su demanda en la vía

¹²¹ Atilio Aníbal Alterini. Teoría de la Imprevisión y la Cláusula de Hardship. Internet. <https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0311/1/.../150228>. Acceso: 3 de abril del 2012.

verbal sumaria, exigiendo el cumplimiento de las obligaciones pendientes y el pago de daños y perjuicios.

En la audiencia de conciliación, la accionada contesta la demanda manifestando que le resulta extraño que el actor exija el cumplimiento del contrato, cuando después de hecho el estudio para la instalación del sistema y suscrito el compromiso en base al mismo, el demandante realizó sustanciales y graves modificaciones a la infraestructura del edificio, por lo que los planos fueron re modificados en varias ocasiones, por tanto las condiciones para instalar el sistema son ahora distintas a las determinadas en los estudios previos. Además menciona que le resulta extraño que la accionante le haya exigido realizar estos trabajos con un plazo máximo, teniendo en cuenta que recién se aprobaron los planos cuando prácticamente terminaba este plazo. Se excepciona expresando que a mediados de mayo de 1980 terminó de instalar el equipo en lo que le correspondía y así lo hizo conocer a la actora, por lo que se fijó para principios de junio una demostración de uso del mismo. El día de la demostración, manifiesta que fue imposible hacerlo puesto que los trabajos a cargo del demandante, necesarios e indispensables para que el equipo opere, no estaban terminados, como por ejemplo la dotación de energía eléctrica o de la bomba que lleva el agua al tanque del equipo, entre muchas otras condiciones. Finalmente propone como excepciones la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho, y niega todas las alegaciones de la actora.

En primera instancia el Juez Décimo Primero de lo Civil del Guayas, rechaza, con costas, la demanda. La actora impugna la sentencia y la Tercera Sala de la Corte Superior del Distrito, revoca la resolución apelada y con costas dispone que la demandada cumpla con el contrato y pague daños y perjuicios a Amazonas. En tercera instancia, y entrando en el tema de la imprevisión en este caso, la Corte Suprema de Justicia menciona lo siguiente:

Después de declarar que la demandada no se hallaba en mora puesto que la demandante tampoco había cumplido con sus obligaciones, y de constatar que la demandada estaba físicamente imposibilitada de cumplir con los plazos determinados en el contrato por demoras de la demandante misma; la Sala

sorpresivamente empieza a hablar de la imprevisión haciendo un análisis de donde proviene la misma desde la perspectiva de distintos doctrinarios.

Otros autores, sin tratarse de la idea esencial que acoge la citada cláusula rebus sic stantibus, pero precisando un poco mejor su contenido, han dicho que la imprevisión se funda en que las nuevas circunstancias económicas suelen cambiar la prestación primitiva, de suerte que el deudor, en el momento de ejecutarlo, se encuentre con otra prestación distinta de la que originalmente contrajo y obligado a ejecutar otra prestación distinta, resulta contrario a la buena fe... Separándose de la idea que acoge la cláusula rebus sic stantibus, otros autores han expresado que la imprevisión se funda en el principio que prohíbe a una persona enriquecerse sin causa a expensas de otra.¹²²

Si bien lo relatado por la Sala con respecto a la imprevisión es correcto, resulta sorprendente que haya hecho mención a esta teoría puesto que no aplica de ningún modo en el caso. Pues evidentemente ninguna de las partes alega la teoría, no concurren los elementos necesarios en el caso para que se pueda aplicar la misma (no existe una excesiva onerosidad derivada de una circunstancia imprevisible que no resulte de la culpa o dolo de una de las partes, y no se ha generado un desbalance contractual), y ni siquiera existe un cambio de circunstancias sustancial para que aplique al menos el *rebus sic stantibus* también mencionado en la sentencia.

Como podemos ver de la jurisprudencia analizada, la Teoría de la Imprevisión o *Hardship* no es aplicada correctamente, pues ni siquiera en este caso sirve para que la Sala llegue a una conclusión con el análisis de la misma. Ciertamente, los jueces hablan de que los contratos deben cumplirse de buena fe, y la buena fe es el pilar para la Teoría de la Imprevisión, pero evidentemente no era necesario entrar en temas que no son aplicables al caso, como no lo es en este, la excesiva onerosidad.

Otra jurisprudencia en la cual se habla de la Teoría de la Imprevisión, y esta vez con más acierto que la sentencia analizada anteriormente, es la Resolución No.

¹²² Corte Suprema de Justicia de la República del Ecuador. AMAZONAS CIA. ANONIMA DE SEGUROS vs. SOCIEDAD GENERAL C.A. Gaceta Judicial. Año LXXXII. Serie XIII. No. 13. Pág. 3077.

3942001, publicada en el R.O. 524, del 28 de febrero del 2002, dictada por la Primera Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el año 2001. En el presente caso, la compañía E. C. S.A. solicita que la compañía aseguradora E. D. S.A. Seguros y Reaseguros cumpla con el contrato de seguro *“mediante el cual se expide una póliza de seguro de cumplimiento de contrato, en la cual el asegurado es E. C. S.A. y el objeto es la ‘inversión para la determinación de factibilidad y posteriormente la exploración y explotación del área minera denominada E. C. y la participación en los beneficios’.*”¹²³

Para no abordar detalles innecesarios respecto del caso, analizaré directamente el tema de la imprevisión mencionado en el mismo. La compañía de seguros demandada, mencionaba que no debía proceder al pago de la póliza de seguro, puesto que el contrato era accesorio a otro principal (uno de *joint venture*) que no se pudo cumplir por motivos de caso fortuito o fuerza mayor (la presencia de mineros informales redujeron los beneficios de la demandante). Por lo tanto, basándose en el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, entonces el contrato de seguro también era de imposible cumplimiento. En virtud de esta excepción, la Sala hace un análisis con respecto a qué es caso fortuito y fuerza mayor, y analiza de paso la posibilidad de que exista imprevisión contractual como una figura paralela a las dos mencionadas.

Tanto en el concepto del Código Civil como en el del Código de Comercio, dos son los factores que conforman la fuerza mayor o caso fortuito: la imprevisibilidad (no la imprevisión) y la irresistibilidad del acontecimiento y, juntándose estos dos factores en el ámbito contractual producen el efecto de que el contrato sea imposible de cumplir. Como dice Alberto G. Spota: ‘El caso fortuito significa la imposibilidad jurídica (v.gr., se prohíbe realizar la ejecución de la proyectada obra por sobrevenir una expropiación parcial o total del fundo respectivo) o física (v.gr., una inundación imprevisible y extraordinaria impidió cumplir con la venta de la cosecha enajenada sin importar un contrato aleatorio) de ejecutar la prestación debida. Ello no ocurre en la imprevisión contractual: la prestación puede cumplirse, pero a costa de alterar extraordinaria e imprevisiblemente el equilibrio contractual, ocasionando una excesiva onerosidad, que

¹²³ Corte Suprema de Justicia de la República del Ecuador. E.C. S.A. vs E.D. S.A. Seguros y Reaseguros. Resolución No. 3942001, Primera Sala, R.O. 524, 28 de febrero del 2002.

*ofende la buena fe contractual y que significa -en quien invoca la fuerza obligatoria del contrato un abuso del derecho’.*¹²⁴

De lo transcrito anteriormente, la Sala hace un acertado análisis de cuál es la diferencia fundamental entre fuerza mayor o caso fortuito, e imprevisión contractual; y más adelante manifiesta que se debe determinar si los hechos del caso se alinean con una de estas figuras o no. Entonces vistos los documentos probatorios presentados, el Tribunal expresa que no existió imposibilidad física ni jurídica para el cumplimiento del contrato principal, por tanto no existía imposibilidad para el cumplimiento del contrato accesorio que es el de seguros; y, manifiesta además, que la presencia de mineros informales en la zona del contrato principal, era un hecho conocido por las partes por lo tanto tampoco aplica la imprevisión contractual, y finalmente se ordena el pago a la compañía de seguros del valor asegurado del contrato:

*(...) tampoco se ha establecido que este sea un caso en que circunstancias sobrevinientes e imprevisibles (la presencia de los mineros informales era previa y conocida) hubieren provocado para una de las partes una excesiva onerosidad en el cumplimiento de sus obligaciones que haya desequilibrado la relación contractual; tomándose en cuenta además que en un contrato aleatorio, como es el de seguro, existe, como se ha dicho, una contingencia incierta de ganancia o pérdida.*¹²⁵

En la jurisprudencia analizada, se puede observar que las partes tampoco propusieron la Teoría de la Imprevisión como figura legal a ser utilizada, pero resulta conveniente por parte del Tribunal analizar la imprevisión contractual a la luz de la fuerza mayor y caso fortuito, dado que, como ya analicé anteriormente en esta disertación, muchas veces pueden confundirse estas figuras entre sí.

De modo general, en el Ecuador no existen suficientes jurisprudencias sobre las cuales las partes pueden sustentar la imprevisión contractual en un caso diferente, dado que, o bien no se la utiliza de manera adecuada como el primer caso motivo de análisis, o bien no se la utiliza directamente, sino como un objeto de estudio

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ *Ibíd.*

paralelo al objeto central del juicio como lo fue la fuerza mayor y caso fortuito en el siguiente caso motivo de análisis.

3.3.4. Reforma Legal.

Bajo todas las consideraciones presentadas y analizadas en la presente disertación, queda probada en demasía la necesidad de incluir en nuestro ordenamiento jurídico, preferentemente en el Código Civil, una reforma legal que incluya la Teoría de la Imprevisión, para brindar seguridad jurídica a las personas sean naturales o jurídicas que suscriben contratos comerciales.

Pues darle a esta teoría el carácter de norma ha sido la práctica generalizada de todos los países inclusive en Sudamérica como ya se vio en este mismo capítulo. Por lo tanto, al existir un nuevo orden internacional comercial en el mundo, y la autonomía de la voluntad de las partes (las personas puedan elegir la ley aplicable a su contrato), hay que otorgar a estas la posibilidad de que tomen en cuenta el ordenamiento jurídico ecuatoriano como una herramienta viable para mantener el equilibrio económico contractual.

El texto referente a la imprevisión contractual debería incluirse en el artículo 1562 como segundo inciso y siguientes del texto que habla del principio de buena fe contractual. Considero el lugar más apropiado puesto que este principio es el que da nacimiento a la Teoría de la Imprevisión, es su principal fundamento. Subsidiariamente, el texto se encuentra ubicado en el Título XII Del Efecto De Las Obligaciones, del Libro IV De Las Obligaciones En General Y De Los Contratos, del Código Civil ecuatoriano; y también, se sigue con la misma línea que se ha adoptado en la región con respecto a esta figura.

Por lo tanto, el texto del artículo 1562 del Código Civil debería ser el siguiente:

*Artículo 1562.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.*¹²⁶

Cuando circunstancias extraordinarias e imprevisibles, generadas posteriormente a la suscripción del contrato, alteren gravemente el equilibrio económico de las partes contratantes, y conviertan en excesivamente onerosas las prestaciones pendientes de cumplimiento; la parte afectada, sea acreedor o deudor, puede solicitar al juez la renegociación de los términos contractuales, para equilibrar el valor económico de las prestaciones. En caso de que el juez, verificando que existió la excesiva onerosidad, no pueda reajustar el contrato, deberá dar por terminado el mismo ordenando el reintegro de lo excesivamente gastado o de lo que se dejó de percibir a favor del perjudicado.

El inciso anterior aplica únicamente para contratos bilaterales conmutativos de tracto sucesivo o ejecución diferida o continuada, unilaterales onerosos, y en los bilaterales aleatorios cuando las circunstancias extraordinarias e imprevisibles sean ajenas al riesgo mismo del contrato.

No podrá aplicarse lo determinado en el segundo inciso, cuando el acaecimiento de las circunstancias extraordinarias e imprevisibles, sea imputable al dolo o culpa de una de las partes contratantes.

La acción por excesiva onerosidad caduca a los tres meses contados a partir del cese de las circunstancias o hechos que la han causado.

He considerado pertinente emular el sistema peruano en el sentido de que la excesiva onerosidad también aplica para contratos aleatorios, puesto que evidentemente pueden existir situaciones de *Hardship* que sean ajenas al riesgo mismo del contrato; así como también, de adoptar el tiempo de caducidad de la acción de tres meses, porque por principio, la misma no debería aceptarse si el perjudicado se demora más tiempo del prudente en solicitar la renegociación, y en caso de que no se prescriba un tiempo en la ley, entonces las partes estarían a lo que los jueces o árbitros consideren pertinente, pudiendo así generar contradicciones.

¹²⁶ Código Civil de la República del Ecuador.

Con el texto propuesto, evidentemente mejoraría la práctica mercantil o comercial en el Ecuador, generando seguridad jurídica, evitando que se creen injusticias al momento de ejecutar un contrato, disminuyendo así los riesgos que las partes corren cuando se ven inmersas en el cumplimiento de un acto jurídico, facilitando el trabajo de los abogados en la fase de negociación de un contrato cuando a cubrir los riesgos se refiere, y también en la defensa de los intereses de un cliente que se halla sumido en un conflicto, que por la falta de norma legal puede sufrir un gravísimo perjuicio económico.

Se debe recordar siempre que los contratos deben cumplirse de buena fe, y que bajo este principio, en caso de que exista una excesiva onerosidad en un acto jurídico, las partes deben siempre procurar renegociar con la brevedad posible el mismo, para así evitar un grave perjuicio económico de una parte, o un enriquecimiento sin causa de la otra. La práctica mercantil a este respecto debe alinearse con el hecho de que los comerciantes sean solidarios entre sí, y tratar de lograr una ganancia equitativa entre las partes contratantes; y esto aplica también a los abogados representantes de los comerciantes, que en el ejercicio de nuestra profesión, debemos evitar conflictos y procurar la conciliación, pues el llevar a un cliente a juicio puede incluso resultar su ruina cuando se encuentra en una situación de excesiva onerosidad o *Hardship*.

CONCLUSIONES

Contrato es una convención entre una o más personas, que se obligan con una o más personas a realizar una prestación llamada obligación, que consiste en dar, hacer o no hacer algo; teniendo así deudores y acreedores.

Los requisitos de validez de los contratos son: la capacidad de las partes, el consentimiento que estas prestan en la suscripción del contrato para obligarse a favor de la otra, y por último, que el objeto sobre el cual recae el contrato y la causa que motivó la contratación, sean lícitos. La falta, vicio o ilicitud respectivamente de uno de estos requisitos, genera la nulidad absoluta del acto jurídico.

Los contratos sinalagmáticos o bilaterales son aquellos en los cuales las partes se obligan para con la otra, en una relación equivalente para ambas, es decir, existe reciprocidad en la relación jurídica. En cambio, en los contratos unilaterales las obligaciones están presentes para una sola parte del contrato, en tanto que la otra parte no está obligada por lo tanto solo es beneficiaria.

Los contratos a título oneroso son aquellos en los que cada una de las partes se obliga con la otra a entregar una contraprestación, la misma que se puede valorar económicamente.

Los contratos conmutativos y aleatorios son parte de los contratos onerosos. El primero se refiere a que las partes se obligan a efectuar prestaciones equivalentes. En cambio, el contrato aleatorio, es aquel que se encuentra condicionado al cumplimiento de un hecho incierto.

Los contratos de tracto sucesivo, son aquellos en los cuales las obligaciones se cumplen con el pasar del tiempo, es decir, se ejecutan por medio de prestaciones sucesivas; en cambio, los contratos de ejecución en un solo acto, son aquellos en los que sus prestaciones se ejecutan y hacen efectivas en el instante de suscripción del contrato.

Los actos de comercio son aquellos que realizan los comerciantes, y adicionalmente la ley prescribe una serie de actos jurídicos que los identifica como comerciales.

En el comercio internacional tanto de bienes como de servicios, el contrato es un acto indispensable para que exista el tráfico de los mismos, y se reduzca a escrito todo lo concerniente y necesario para que la relación contractual, en sus etapas de suscripción y ejecución, sea exitosa. Todos los contratos comerciales internacionales son privados, por lo que evidentemente se regula por el derecho privado; y, se los considera como contratos reglamentarios, puesto que se trata de cubrir y proteger la mayor cantidad de aristas posibles, para no existan riesgos y conflictos entre las partes.

La *Lex Mercatoria* es el conjunto de prácticas comerciales aceptadas por los sujetos que ejercen el comercio, que nacen de las normas, usos, actos y costumbres por ellos ejecutadas en el ejercicio de su profesión, y por los laudos arbitrales y decisiones judiciales dictadas dentro de materia comercial. No existe una norma jurídica que obligue a los jueces o árbitros a aplicar la *Lex Mercatoria*, sin embargo, las partes contratantes tienen la facultad de determinarla como norma aplicable, de conformidad con la autonomía material de la voluntad, y de esta forma alterar el derecho interno (pero siempre teniendo como límite el orden público), haciendo obligatorio para los jueces o árbitros su aplicabilidad.

Soft Law es el derecho que no es ni vinculante ni coercitivo, creado por medio de contratos y costumbres aplicadas por las empresas multinacionales o transnacionales en sus transacciones comerciales; o, por normas creadas por organizaciones internacionales como por ejemplo los Principios UNIDROIT, los INCOTERMS expedidos por la Cámara de Comercio de París, que son normas convencionales o conjunto de términos que regulan las relaciones comerciales internacionales, y otros.

Hard Law es el derecho vinculante y coercitivo para los operadores comerciales internacionales, llámense empresas multi o transnacionales, personas naturales o estados, como por ejemplo la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, Convenio de Varsovia sobre Transporte Internacional, entre otros.

Muchas veces existen dificultades en determinar si un contrato es internacional o no. Los principales elementos que ayudan a determinar el carácter internacional de un acto de comercio son: que las partes de un contrato tengan cualquier tipo de relación con diferentes

Estados, como puede ser el lugar de residencia, domicilio o de negocios; que el objeto del contrato se ejecute en un Estado diferente al de su suscripción, como por ejemplo que la prestación del servicio o la entrega de los bienes se hagan en el extranjero; y, que los bienes sobre los cuales se celebró el contrato, se encuentren en un país distinto al de una o todas las partes contratantes. Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, la determinación final se hará dependiendo del ordenamiento jurídico aplicable al caso en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes.

Los principios rectores de la contratación comercial internacional son: la autonomía de la voluntad de las partes, bajo la cual los contratantes materialmente pueden pactar lo que gusten en el contrato, siempre y cuando no vayan en contra del orden público y buenas costumbres, y, la autonomía conflictual consiste en que pueden elegir el foro y la ley aplicable a su contrato; la buena fe contractual que sirve como medio para determinar la auténtica manifestación de voluntad de las partes; el *pacta sunt servanda*, significa que el contrato es ley para las partes, es decir que lo pactado obliga; y por último, la actuación con debida diligencia acorde a la *lex mercatoria*, es decir a los usos y costumbres comerciales.

La Teoría de la Imprevisión o *Hardship* son dos figuras que nacen de desarrollos históricos distintos: de la imprevisión del derecho francés la primera, y de la teoría de la frustración del derecho anglosajón la segunda. Pero ambas tienen una raíz común que es el principio *rebus sic stantibus*, única excepción al *pacta sunt servanda*.

El *rebus sic stantibus*, se traduce en que las obligaciones derivadas de los contratos se cumplirán a cabalidad (se aplica el *pacta sunt servanda*), siempre y cuando las circunstancias iniciales, bajo las cuales las partes prestaron su consentimiento para la celebración del mismo, se mantengan.

La Teoría de la Imprevisión en sus inicios sólo era aplicable para contratos públicos, y era alegada por el deudor cuando la prestación a su cargo se hacía excesivamente onerosa por circunstancias imprevisibles. Por otro lado, el *Hardship* nace de la Teoría de la Frustración, y era alegado por el acreedor en contratos comerciales, cuando la prestación a cargo del deudor perdía excesivamente su valor por causas imprevisibles.

En la actualidad, tanto la Teoría de la Imprevisión como el *Hardship*, cubren las dos posibilidades, tanto la imprevisión como la frustración, y se aplican con el fin de restablecer el equilibrio contractual entre las partes intervinientes en un acto jurídico, en el cual, por circunstancias imprevistas no imputables al dolo o culpa de una de las partes, han cambiado las circunstancias iniciales que motivaron a ellas a prestar su consentimiento para la suscripción del acuerdo, y su cumplimiento se volvió excesivamente oneroso o su rédito perdió excesivamente su valor, generando un grave perjuicio patrimonial o económico para una de las partes.

Existe diferencia entre la simple onerosidad y la imposibilidad económica, con la imprevisión contractual, dado que, el primero es un supuesto en el que el cumplimiento del contrato aún es factible, es decir, la onerosidad no ha causado un perjuicio en el patrimonio de una de las partes, de manera que esta parte pueda solicitar la revisión o la finalización del contrato; y, la imprevisión se diferencia de la imposibilidad económica de ejecución del contrato, porque para que aplique este último, debe existir incapacidad de la persona que debe ejecutar el contrato (cuando estos son *intuitu personae*), cuando existe un supuesto de fuerza mayor, o cuando existe un cambio en la legislación que convierte al acto jurídico en ilegal.

La fuerza mayor o caso fortuito son circunstancias de imposibilidad de cumplimiento con las obligaciones contractuales temporales o permanentes (obstáculo invencible), en cambio, la excesiva onerosidad no se la toma como una imposibilidad de cumplimiento, sino una dificultad de cumplimiento (obstáculo cuyo vencimiento genera un grave perjuicio económico).

La lesión enorme, según la legislación ecuatoriana, existe cuando en la compraventa de un bien inmueble el vendedor recibe un precio inferior a la mitad del justo precio de la cosa, o cuando el justo precio de la cosa es menor a la mitad del total pagado por el comprador. El perjuicio a cualquiera de las partes contratantes nace en el mismo instante que se hace el pago por la cosa, y una de las partes se beneficia excesivamente a costa del perjuicio de la otra. En cambio, la imprevisión puede ser aplicada a cualquier clase de contratos comerciales o civiles, además no tiene límites en cuanto al perjuicio que puede causarse, es

decir, se puede aplicar dentro de cualquier causal que desequilibre la conmutatividad de las partes en un acto jurídico. Por último, la imprevisión no nace al momento de la suscripción del contrato, sino que nace solamente si existe una situación como las descritas para el efecto, y previene que se consuma un perjuicio en contra de cualquiera de las partes, que genera un beneficio no equitativo a la otra.

Para que sea aplicable la Teoría de la Imprevisión o el *Hardship*, es necesario que confluayan *sine qua non* los siguientes elementos que hacen a su aplicación excepcional: inimputabilidad, es decir que las circunstancias que generaron la excesiva onerosidad no sean imputables al dolo o culpa de una de las partes contratantes; superveniencia, lo cual quiere decir que las circunstancias se generen después de la suscripción del contrato; imprevisibilidad, es decir que les haya sido imposible prever a las partes las circunstancias gravosas, dentro de un estándar de debida diligencia; que ninguna de las partes haya asumido el riesgo que devenga de las circunstancias que generan la excesiva onerosidad; y por último, que la situación generadora del *Hardship* torne excesivamente onerosas a prestaciones pendientes de cumplimiento.

Tanto la Teoría de la Imprevisión como el *Hardship*, tienen como fin último la renegociación, compensación, suspensión, adaptación del contrato o su finalización. Pero siempre el principal objetivo de estas figuras será mantener el acto jurídico vigente, en virtud del principio de presunción de eficacia del negocio jurídico y obligación de preservación del negocio jurídico. Subsidiariamente, si la renegociación, compensación, adaptación o suspensión no son factibles, entonces en ese instante recién se procederá con la finalización y la respectiva compensación.

Cuando no se presenta en un tiempo prudencial el reclamo por excesiva onerosidad, la autoridad competente entenderá que nunca existió la situación generadora del *Hardship* exigiendo a la parte que cumpla con el contrato. Con respecto a la motivación del reclamo, esta es necesaria cuando las causas que generaron el *Hardship* no son tan obvias como para prescindir de ella. Caso contrario, si el reclamo no se encuentra debidamente fundamentado, entonces se entenderá que el mismo se presentó fuera de tiempo y tendrá los mismos efectos que cuando se presentó con demora injustificada.

Se debe tener en cuenta que el hecho de que se presente el reclamo por excesiva onerosidad, no implica que se suspende la ejecución del contrato o cualquier obligación que tengan las partes entre sí, puesto el uso del *Hardship* es excepcional, por lo tanto, se trata de evitar cualquier abuso del mismo.

El proceso de renegociación del contrato debe ejecutarse bajo los principios de buena fe, deber de cooperación y lealtad negocial; por lo tanto, la parte que recibe el reclamo debe confiar en la otra, y creer honestamente en la existencia de una situación gravosa. Las renegociaciones además deben conducirse de manera constructiva, presentando todos los documentos necesarios para cumplir con su objetivo, sin que se ponga ninguna traba al proceso.

En un contrato de tracto sucesivo de larga duración, se entiende implícito el derecho de las partes a renegociar el mismo, siempre que las circunstancias así lo ameriten, dado el continuo cambio del orden mercantil, particularmente en el ámbito internacional.

Los jueces o tribunales si deben tener la posibilidad de adaptar el contrato aún cuando no conste en la cláusula la permisibilidad necesaria, dado que el fin último de las cláusulas de *Hardship* es que se pueda continuar con el contrato equilibrando económicamente a las partes.

Cuando la situación del *Hardship* es muy gravosa para una de las partes, que la ejecución del contrato puede traer consigo consecuencias realmente graves, la parte que sufre el perjuicio puede solicitar que se suspenda el contrato por el tiempo que dure la circunstancia, y reanudarlo una vez que ha terminado.

Los jueces deben declarar la terminación del contrato solamente cuando la continuación del mismo resultaría más onerosa y perjudicial para las partes que su resolución.

Cuando el contrato no ha podido ser ni renegociado entre las partes, ni adaptado o suspendido por un juez o árbitro, porque la situación de imprevisión ya feneció, entonces se puede solicitar la compensación a favor de la persona que gastó excesivamente, o dejó de percibir de manera excesiva.

Existen algunos tipos de cláusulas que prevén la excesiva onerosidad: cláusula general, que no detalla cuales circunstancias pueden ser consideradas como imprevisibles, por lo que es muy flexible; cláusula específica de tipo cerrado, que pretende reducir el espectro de aplicación del *Hardship* a las circunstancias previstas taxativamente en el contrato (es por esto que no estoy de acuerdo con este tipo de cláusula, porque no reúne los elementos de imprevisibilidad y excepcionalidad); y finalmente, cláusula específica de tipo abierto, que permite la aplicación del *Hardship* en todos los casos que se compruebe una situación que lo genera, pero, determina situaciones que no podrán ser consideradas como tales por las partes.

Existen diversos instrumentos internacionales que han regulado al *Hardship* y dan visos de la forma en que debe ser aplicada, e incluso pueden utilizarse para elaborar una cláusula contractual, o a su vez, los legisladores pueden tomarlos como modelos para la redacción de normas sobre este respecto. Estos instrumentos son: Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, Principios de Derecho Europeo de Contratos, entre otros.

El *Hardship* sí debe ser considerado como un uso o costumbre mercantil, puesto que, cada vez que en un contrato se menciona que el mismo se regirá por la *Lex Mercatoria*, entonces inmediatamente aplican los Principios UNIDROIT, por lo que se entiende que aplica el *Hardship*, porque se encuentra recogido en la recopilación mencionada. Además, aparte del hecho de encontrarse tipificado como *Lex Mercatoria*, el *Hardship* nace del principio *rebus sic stantibus*, el mismo que al ser principio se entiende que se aplica irrestricta e inmediatamente.

La mejor forma de tener certeza con respecto a una situación en la que dos partes dicen tener la razón, es por medio de una persona externa a la relación que analice la situación objetivamente, y calificará la misma desde una perspectiva externa. Para esto debe brindársele todos los elementos de juicio necesarios y podrá así, emitir una opinión que no se encuentre viciada por ningún tipo de sentimiento o expectativa. Este tercero en cuanto a

condiciones deberá ser lo más parecido posible a la parte afectada, y se le denomina la figura del tercero objetivo.

La figura del tercero objetivo para poder comprobar de una manera más adecuada y desde una perspectiva imparcial, si aplica o no la Imprevisión o *Hardship*, es la más acertada cuando se requiere determinar si existe efectivamente una excesiva onerosidad, si las circunstancias eran imprevisibles y bajo qué perspectiva se va a calificar el grado de diligencia requerido, si los riesgos debieron haber sido distribuidos entre las partes, si las expectativas de ganancia de las partes eran legítimas, y por último si la parte afectada estaba en la capacidad u obligación de mitigar los daños.

En un contrato que sufre una excesiva onerosidad, no se tomará en cuenta si el monto en que se ha incrementado el mismo es representativo o no para la parte afectada, es decir que no toma en cuenta la capacidad económica de las partes, sino solamente si dicho monto altera gravemente el equilibrio contractual.

Para determinar si las partes pudieron prever el suceso que alteró el equilibrio contractual, hay que considerar un elemento esencial: el grado o estándar de diligencia que se le exige a la parte afectada como comerciante. Con esto se esclarecerá si la persona afectada fue negligente en su actuar, exponiéndose innecesariamente a un riesgo, y si estuvo en la capacidad de prever o no la situación que le causó un perjuicio alterando la equivalencia en la prestación que las partes deben en la ejecución de un contrato.

De manera general, el estándar de diligencia requerido, es el de un persona diligente de negocios, puesto que al momento de suscribir un contrato comercial internacional, se entiende que las partes poseen al menos un mínimo de experiencia, actuando de forma diligente ante una relación mercantil, y que, por principio se entiende que conocen de los usos y costumbres mercantiles que derivan de cada acto.

Los comerciantes por naturaleza, siempre trataran de sacar el mayor beneficio económico de sus actuaciones, el lucro es su objetivo. Entonces, al iniciar una relación con otra parte, su interés es el minimizar en la mayor medida posible los riesgos que el negocio en cuestión trae consigo, y obtener la mayor rentabilidad del mismo.

En caso de que sobrevenga una excesiva onerosidad y se evite la resolución del contrato en base a la equidad en la cooperación de las partes, los riesgos que no se tomaron en cuenta al momento de celebración del negocio jurídico y devinieron en una situación de *Hardship*, deben ser distribuidos equitativamente, considerando la capacidad económica de las partes para asumir los riesgos y observando cuál es la práctica general con respecto a este tema en determinado tipo de contratos.

No se puede pretender que la ley estará presente para salvaguardar a los comerciantes de malos negocios o de cualquier decepción que sufran en sus expectativas, porque de este modo se atentaría contra la autorresponsabilidad privada y la certeza de las relaciones jurídicas.

Todo comerciante diligente, se encuentra en la obligación de mitigar los daños siempre y cuando tenga la capacidad para hacerlo. Si no tiene la capacidad, debe informar oportunamente a la otra parte, para tomar las medidas necesarias antes de que ese riesgo degenerare en una excesiva onerosidad. Es decir, todo comerciante está en la obligación natural de hacer todo lo que está a su alcance o tomar todas las medidas necesarias para preservar el negocio jurídico.

El resolver los problemas de la aplicación del *Hardship*, es necesario para responderse dos cuestiones de gran trascendencia: determinar si procede o no *Hardship* o imprevisión; y, si procediendo *Hardship*, el equilibrio contractual va a ser reajustado en lo que la una parte o la otra propone, o en el monto que el juzgador crea pertinente, considerando todos los factores: legítimas expectativas de las partes; cuál fue la parte que sufrió el perjuicio; si la parte perjudicada pudo o no mitigar los daños, si se expuso o no al daño y si actuó o no diligentemente; y por último, cuál va a ser la distribución del riesgo entre las partes y en qué medida.

Es complicado para los contratantes que se dé una adecuada aplicación de la Imprevisión o *Hardship* cuando no negocian previamente las nuevas condiciones contractuales, dado a la falta de celeridad del sistema judicial. Si bien es cierto, casi todos sino todos los contratos comerciales pactan convenio arbitral en caso de que susciten controversias entre ellas, este

procedimiento de igual manera puede resultar un poco tardo dependiendo del caso. Es por esto que las partes y sus abogados deben entender que lo mejor para ambas es llegar a un acuerdo que no signifique acudir a instancias judiciales o arbitrales.

La mejor manera de crear una norma jurídica que se pueda implantar en la legislación ecuatoriana, con respecto a la aplicación de la Teoría de la Imprevisión en el Ecuador, es analizando aquellas que existen en el Derecho comparado, como por ejemplo en Colombia, Perú, Argentina y los Estados Unidos, que históricamente son los países más desarrollados en los temas de Imprevisión y *Hardship*.

El Código Civil ecuatoriano consagra el denominado dogma de la autonomía de la voluntad, en el que claramente se ve el principio *Pacta Sunt Servanda*: “Art. 1561.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” Pero, por medio de la analogía *juris*, se puede manifestar que en virtud del principio de buena fe contractual, consagrado en el artículo 1562 del mismo Código Civil, la Teoría de la Imprevisión puede aplicarse en el Ecuador, por emanar del contrato perjudicado y de la costumbre mercantil.

La Teoría de la Imprevisión o *Hardship*, aplica para contratos bilaterales conmutativos de tracto sucesivo o ejecución diferida o continuada, unilaterales onerosos, y en los bilaterales aleatorios cuando las circunstancias extraordinarias e imprevisibles sean ajenas al riesgo mismo del contrato.

Al amparo del principio de buena fe, la interpretación del negocio jurídico debe ajustarse al sentido de justicia y equidad en la cooperación de las partes, dejando de lado cualquier interpretación meramente formalista y literal del contrato. En efecto, es una excepción del *pacta sunt servanda*, tal como el *rebus sic stantibus* y la Teoría de la Imprevisión o *Hardship*.

En el Ecuador no existen sentencias en las que se aplique de manera adecuada la Teoría de la Imprevisión, solamente se han encontrado pocas decisiones que hacen mención a ella, pero que no tienen nada que ver con los hechos del caso, o sirven simplemente para llegar a una conclusión distinta.

Es necesario incluir en nuestro ordenamiento jurídico, preferentemente en el Código Civil, una reforma legal que incluya la Teoría de la Imprevisión, para brindar seguridad jurídica a las personas sean naturales o jurídicas que suscriben contratos comerciales. El texto referente a la imprevisión contractual debería incluirse en el artículo 1562 como segundo inciso y siguientes del texto que habla del principio de buena fe contractual.

Con la reforma propuesta, mejorará la práctica mercantil o comercial en el Ecuador, generando seguridad jurídica, evitando la formación de injusticias al momento de ejecutar un contrato, disminuyendo así los riesgos que las partes corren en la ejecución de un acto jurídico, facilitando el trabajo de los abogados en la fase de negociación de un contrato cuando a cubrir los riesgos se refiere, y también defendiendo los intereses del cliente, que por la falta de norma legal puede sufrir un perjuicio económico.

RECOMENDACIONES

La presente disertación deberá ser tomada como una guía y fuente de estudio para el Derecho Comercial Internacional, puesto que analiza a profundidad los contratos comerciales internacionales, las convenciones internacionales o leyes aplicables que los regulan, doctrina y conceptos indispensables para todos aquellos que deseen ejercer en esta rama del Derecho.

Es importante redactar un contrato comercial internacional de manera correcta. Lo importante es asegurar los principios que regulan la relación contractual, tales como la conmutatividad, igualdad y equivalencia, y tener las reglas claras en caso de conflicto. Los contratos deben tener una redacción exhaustiva, es decir, deben ser contratos reglamentarios, porque finalmente, estos se convierten en el marco normativo de las partes.

Siempre que una parte quisiera alegar en juicio la existencia de una excesiva onerosidad, y aplicar al caso la Teoría de la Imprevisión, debería estudiar la misma de manera profunda, tanto sus pros como sus contras y su forma de aplicación. Esto lo digo porque dado el desconocimiento que tienen los jueces o árbitros nacionales al respecto, es importante que los abogados, al momento de alegarla, guíen e instruyan a estos sobre cómo deben aplicar la imprevisión, cuáles son sus límites, y por qué deben aplicarla o no.

De igual manera, antes de alegar la excesiva onerosidad por imprevisibilidad contractual o juzgar con respecto a ella, tanto jueces, árbitros y abogados, deben analizar detenidamente si la parte afectada está intentando remediar un mal negocio, haciendo uso de mala fe de esta figura. Así como tratar de determinar el nivel de exigencia de previsibilidad requerido para la persona afectada, en virtud de su calidad de comerciante o no comerciante.

Es importante además tomar en cuenta que no todo proceso de inflación es causal para invocar la Teoría de la Imprevisión, solamente aquella que realmente no pudo ser previsible por ser tan repentina y fuera de los cánones o niveles naturales o normales.

Hay que tener mucho cuidado y se debe ser minucioso en la determinación de existencia de un grave perjuicio económico, para aplicar la imprevisibilidad contractual. Caso contrario, el juez o árbitro negará la solicitud hecha por quien trata de hacer efectiva esta institución.

Una vez que acontezca un evento generador de una excesiva onerosidad o excesiva pérdida de valor, la parte afectada debe inmediatamente hacer conocer a la otra parte al respecto y tratar de renegociar el contrato. Si esta no acepta la renegociación debe acudir oportunamente a un tribunal judicial o arbitral. Pues mientras más tiempo se deja pasar, más difícil será probar la existencia del suceso gravoso.

Cuando se quiera hacer uso de la Imprevisión o *Hardship*, siempre debe procurarse la renegociación del contrato, pues ese es el objetivo principal: la subsistencia del acto jurídico, en virtud de la presunción de eficacia del negocio jurídico y obligación de preservación del mismo. Es recomendable estipular en el contrato que subsidiariamente a la renegociación, es factible la adaptación, suspensión o compensación, para que los jueces o árbitros estén en la capacidad de hacerlo.

Como abogado, al momento de redactar en un contrato una cláusula de excesiva onerosidad, imprevisibilidad o *Hardship*, debe primero tomar en cuenta el tipo de contrato que está redactando, la probabilidad de riesgo y lo que le conviene al cliente. Así se escogerá de forma acertada el tipo de cláusula a utilizarse: general, específica de tipo cerrado o de tipo abierto.

En caso de que se tenga dudas con respecto a la aplicación de la excesiva onerosidad, elaboración de la cláusula o fuentes de ella, es recomendable acudir a los tratados internacionales que la han regulado de una u otra manera, tales como: Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, Principios de Derecho Europeo de Contratos entre otros.

Cuando en un contrato no se ha estipulado una cláusula de *Hardship*, pero si se ha mencionado que el mismo se rige por la *Lex Mercatoria*, entonces en caso de que sobrevenga alguna circunstancia que genere una excesiva onerosidad, el abogado podrá

alegar que el *Hardship* como renegociación contractual constituye una costumbre, por lo tanto debe ser aplicado. Pero en estos casos queda a total discreción del juez o árbitro aceptar o no la antedicha tesis.

Se recomienda que la preparación de abogados, jueces y árbitros para esta materia sea exhaustiva, porque en el momento de aplicarla se torna compleja, inexacta y subjetiva. Es por esto que se debe tener un alto grado de conocimientos al respecto, para trazar la mejor estrategia y tomar las medidas adecuadas.

Se recomienda utilizar la figura del tercero objetivo para determinar si existe efectivamente una excesiva onerosidad, si las circunstancias eran imprevisibles y bajo qué perspectiva se va a calificar el grado de diligencia requerido, si los riesgos debieron haber sido distribuidos entre las partes, si las expectativas de ganancia de las partes eran legítimas, y por último si la parte afectada estaba en la capacidad u obligación de mitigar los daños.

Para establecer si las partes pudieron prever el suceso que alteró el equilibrio contractual, se analiza de forma exhaustiva al comerciante, y si este tiene más años de experiencia en un determinado negocio, su estándar de diligencia sería cada vez mayor por lo que es más difícil para él alegar *Hardship*. Otro hecho a tomar en cuenta es la parte con la cual el afectado suscribió un contrato, o la contraparte. Esto se analiza porque, por ejemplo, si la otra parte está expuesta a riesgos y es conocido por quien alega el *Hardship*, entonces el estándar para solicitar la aplicación de este también es más alto.

El abogado siempre debe procurar cubrir todos los riesgos que se puedan derivar de un acto jurídico, para que de esta manera, en caso de que sobrevenga una situación que implique riesgo de pérdida, cada parte logre cubrirlos conforme a lo establecido en el contrato, y así se mitiguen todos los daños posibles, evitando un confrontación entre los contratantes.

No es recomendable para ninguna de las partes que el caso llegue a las instancias judiciales o arbitrales puesto que, para la parte afectada, el cumplimiento del contrato puede ser excesivamente perjudicial, y en caso de que no continúe con la ejecución del mismo, entonces se expone al pago de daños y perjuicios que pueden resultar mayores a lo que le

hubiese costado continuar con la ejecución del contrato excesivamente oneroso; en cambio, para la otra parte, el hecho de que su contratista deje de ejecutar parcial o totalmente el acto jurídico, significa que deberá buscar otro contratista que satisfaga con su demanda hasta que el juez o tribunal emita una decisión, pero es probable que este nuevo contratista cobre el nuevo precio del mercado, y así resulte más oneroso también a la parte que no era la afectada.

Cuando existan dudas con respecto a cualquier tema concerniente a la Teoría de la Imprevisión o la Cláusula de *Hardship*, es recomendable revisar doctrina, legislación y jurisprudencia comparada, especialmente de países de nuestra región como lo son Colombia, Perú o Argentina, e inclusive los Estados Unidos, que por tradición son los países más desarrollados en esta materia, en el continente.

Hasta que se incluya en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la Teoría de la Imprevisión, los abogados podemos alegarla por medio de la analogía *juris*, en virtud de que, por el principio de buena fe, se debe observar las obligaciones que emanan de la naturaleza del contrato y de la costumbre en el medio comercial, con respecto a situaciones de excesiva onerosidad. Además puede ser también alegada por medio del principio *rebus sic stantibus*, cuando las condiciones bajo las cuales las partes prestaron su consentimiento en la suscripción del contrato, han cambiado.

Propongo que se realice una reforma legal al Código Civil ecuatoriano, en la que se incluya la Teoría de la Imprevisión, siendo el nuevo texto del artículo 1562 del Código Civil el siguiente:

*Artículo 1562.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.*¹²⁷

Cuando circunstancias extraordinarias e imprevisibles, generadas posteriormente a la suscripción del contrato, alteren gravemente el equilibrio económico de las partes contratantes, y conviertan en excesivamente onerosas las prestaciones pendientes de

¹²⁷ Código Civil de la República del Ecuador.

cumplimiento; la parte afectada, sea acreedor o deudor, puede solicitar al juez la renegociación de los términos contractuales, para equilibrar el valor económico de las prestaciones. En caso de que el juez, verificando que existió la excesiva onerosidad, no pueda reajustar el contrato, deberá dar por terminado el mismo ordenando el reintegro de lo excesivamente gastado o de lo que se dejó de percibir a favor del perjudicado.

El inciso anterior aplica únicamente para contratos bilaterales conmutativos de tracto sucesivo o ejecución diferida o continuada, unilaterales onerosos, y en los bilaterales aleatorios cuando las circunstancias extraordinarias e imprevisibles sean ajenas al riesgo mismo del contrato.

No podrá aplicarse lo determinado en el segundo inciso, cuando el acaecimiento de las circunstancias extraordinarias e imprevisibles, sea imputable al dolo o culpa de una de las partes contratantes.

La acción por excesiva onerosidad caduca a los tres meses contados a partir del cese de las circunstancias o hechos que la han causado.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos:

Caro Nieto, Juan. La Imprevisión: Una Teoría que se Plantea pero no se Aplica. Colombia.

ICC Force Majeure Clause 2003 – ICC Hardship Clause 2003. París, ICC Publishing S.A., 2003.

Suditu, Aniela. “The Application of the Hardship Theory”. The 6th Edition of the International Conference. European Integration Realities and Perspectives. 2011. p. 47.

Troya Jaramillo, José Vicente. El Carácter Internacional de los Contratos. Septiembre 2006. Quito.

Internet:

Abatti, Enrique L. y Rocca (h.) Ival. Teoría de la Imprevisión. Internet: <http://ar.vlex.com/vid/teoria-imprevision-26542251> Acceso: 7 de abril del 2012.

Agüera, Sergio. La Cláusula "Rebus Sic Stantibus" ¿Una Posible Solución Para Aquellos Que No Pueden Cumplir Con Sus Obligaciones Contractuales? Internet. http://vlex.com/vid/rebus-sic-stantibus-cumplir-contractuales-213818813?ix_resultado=1.0&query%5Bbuscable_id%5D=4&query%5Bbuscable_type%5D=Coleccion&query%5Bq%5D=teor%C3%ADa+de+la+imprevisi%C3%B3n Acceso: 25 de abril del 2012.

Alterini, Atilio Aníbal. Teoría de la Imprevisión y la Cláusula de Hardship. Internet. <https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0311/1/.../150228> Acceso: 3 de abril del 2012.

Fueyo Laneri, Fernando. Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I. p. 761. Internet. <http://doctrina.vlex.cl/vid/teoria-imprevision-231349725> Acceso: 21 de abril del 2012.

<http://lema.rae.es/drae/> Acceso: 24 de septiembre de 2012, 10 de enero de 2013.

<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/deep+pockets> Acceso: 10 de enero del 2013.

Jurisprudencia:

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. CONSORCIO WIESNER 2003 vs. EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. 19 de noviembre del 2007.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. YAMIL SABBAGH SOLANO, DAVID VEGA LUNA, CONSTRUCCIONES NAMUS LTDA., D & S LTDA. Y SOHINCO CONSTRUCTORA LTDA. vs. EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. 23 de agosto del 2007.

Corte Suprema de Justicia de la República del Ecuador. AMAZONAS CIA. ANONIMA DE SEGUROS vs. SOCIEDAD GENERAL C.A. Gaceta Judicial. Año LXXXII. Serie XIII. No. 13. Pág. 3077.

Corte Suprema de Justicia de la República del Ecuador. E.C. S.A. vs E.D. S.A. Seguros y Reaseguros. Resolución No. 3942001, Primera Sala, R.O. 524, 28 de febrero del 2002.

Legislación:

Código Civil de la República Argentina.

Código Civil de la República de Chile.

Código Civil de la República de Colombia.

Código Civil de la República del Ecuador.

Código Civil de la República del Perú.

Código Civil de la República Federativa de Brasil.

Código Civil de la República Francesa.

Código de Comercio de la República de Colombia

Código de Comercio de la República del Ecuador.

Comentarios de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

Convención de Viena 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías.

Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. México D.F. 17 de marzo de 1994

Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980.

Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

Libros:

Betti, Emilio. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

Castro de Cifuentes, Marcela. Derecho Comercial. Actos de Comercio, Empresas, Comerciantes y Empresarios. Bogotá, Editorial Temis, 2010.

Cevallos Vásquez, Víctor. Apuntes de Clase “Derecho Mercantil”. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia. Segundo Semestre 2011-2012.

Cevallos Vásquez, Víctor. Contratos Civiles y Mercantiles Tomo I. Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2005.

Cevallos Vásquez, Víctor. Manual de Derecho Mercantil Tomo I. Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, Quinta Edición, 2011.

Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo II, B – Cla.

Fueyo Laneri, Fernando. Derecho Civil. Tomo Cuarto. De las Obligaciones. Volumen I. Santiago de Chile, Universo S.A., 1958.

Josserand, Louis. Teoría General de las Obligaciones. Santiago de Chile, Editorial Parlamento Ltda., 2008.

Ortega Giménez, Alfonso. Guía Práctica de Contratación Internacional. Madrid, Editorial ESIC. 2009.

Sierralta Ríos, Aníbal. Negociación y Contratación Internacional (Teoría y Casos). Lima, Legis, 2007.

Vásquez Ponce, Héctor. Derecho de los Negocios Internacionales. –Parte General–. Buenos Aires. Editorial AD-HOC. Septiembre 2001.

Revistas:

Castro, Ana María y Zapata, Ana Cecilia. “El Hardship en los Contratos Internacionales”. REVIST@ e Mercatoria. Volumen 4. No. 2. 2005.

Simone Lasso, Carmen Amalia. “El Hardship en la Contratación Comercial Internacional”. FORO Revista de Derecho, No. 5. UASB-Ecuador / CEN. Quito, 2006.

ANEXOS

ANEXO I: PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS
COMERCIALES INTERNACIONALES.
COMENTARIOS.

ANEXO II: CONVENCIÓN DE VIENA 1980 SOBRE LA
COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE
MERCADERÍAS.

ANEXO III: PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS
CONTRATOS .

ANEXO IV: *ICC HARDSHIP CLAUSE 2003.*

ANEXO V: RESOLUCIÓN NO. 3942001, PRIMERA SALA CSJ,
R.O. 524, 28 DE FEBRERO DEL 2002. E.C. S.A. VS
E.D. S.A. SEGUROS Y REASEGUROS.

ANEXO I

PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES. COMENTARIOS.

SECCION 2: EXCESIVA ONEROSIDAD (*HARDSHIP*)

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

Comentario:

1. La obligatoriedad del contrato como regla general: El propósito de este artículo es aclarar que, conforme al principio general de que los contratos se celebran para ser cumplidos (véase el Art. 1.3), el contrato debe cumplirse siempre que sea posible e independientemente de la carga que ello importe para la parte obligada. Es decir, los términos del contrato deben ser respetados, aunque una parte sufra graves pérdidas en lugar de las ganancias que esperaba o aún en el supuesto de que el cumplimiento del contrato ya no tenga sentido para dicha parte.

Ejemplo

En enero de 1990, “A”, un agente de expediciones, contrata con “B”, un transportista, el embarque de mercaderías durante dos años. En virtud del contrato, “B” está obligado a transportar mercaderías de Hamburgo a Nueva York por un precio fijo, establecido mensualmente a lo largo de los dos años. Alegando un incremento significativo del precio del combustible, ocasionado por la crisis del Golfo de 1990, “B” solicita un cinco por ciento de aumento en la tarifa de agosto de 1990. “B” no tiene derecho a dicho incremento, porque él se ha hecho cargo del riesgo de que su cumplimiento pueda a ser más oneroso.

2. El cambio de circunstancias es relevante sólo en casos excepcionales: El carácter obligatorio del contrato no es, sin embargo, absoluto. Si las circunstancias sobrevinientes son de tal importancia que llegan a alterar en forma fundamental el equilibrio de las prestaciones, se produce una situación excepcional que en estos Principios se conoce como “excesiva onerosidad” (*hardship*), de la que se ocupa los siguientes artículos de esta sección.

El fenómeno de la excesiva onerosidad sobreviniente ha sido contemplado en diversos sistemas jurídicos bajo diversas figuras tales como “frustración de la finalidad del contrato”, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *imprévision*, *excessiva onerosità sopravvenuta*, etc. Sin embargo, se ha escogido la expresión “excesiva onerosidad” (*hardship*) por ser ampliamente reconocida como parte integrante de los usos del comercio internacional, lo que se confirma por la frecuencia con la que se incluyen en los contratos internacionales las llamadas “cláusulas *hardship*”.

Artículo 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad” (*hardship*)).- Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

Comentario:

1. Definición de la “excesiva onerosidad” (*hardship*): Este artículo define a la excesiva onerosidad (*hardship*) como la situación que se presenta cuando el equilibrio de las prestaciones es alterado de una manera fundamental, siempre y cuando los eventos que causan dicha alteración cumplan con requisitos establecidos en los incisos (a) al (d).

2. Alteración fundamental en el equilibrio del contrato: Como el principio general es que el cambio de las circunstancias no afecta la obligación de cumplir (véase el Art. 6.2.1),

la excesiva onerosidad no puede invocarse a menos que la alteración del equilibrio de las prestaciones sea fundamental. Las circunstancias del caso en concreto determinaran cuándo una alteración es “fundamental”.

Ejemplo

1. En septiembre de 1989, “A”, un vendedor de aparatos electrónicos de la ex República Democrática Alemana, compra este tipo de mercaderías a “B”, del país “X”, que también pertenecía a la órbita socialista. “B” deberá entregar las mercaderías en diciembre de 1990. En noviembre de 1990, “A” notifica a “B” que las mercaderías se han vuelto obsoletas, porque después de la unificación de la Alemania Democrática con la Alemania Federal ya no existe un mercado para mercaderías importadas del país “X”. A menos que las circunstancias indiquen otra cosa, “A” está facultado para invocar la excesiva onerosidad (*hardship*).

a. Aumento del costo de la prestación.- En la práctica, una alteración fundamental del equilibrio de las prestaciones puede manifestarse por dos vías diferentes aunque relacionadas entre sí. La primera se caracteriza por un aumento sustancial del costo de la prestación para una parte, quien por lo general debe cumplir una obligación no dineraria. El aumento fundamental del costo puede ser ocasionado, por ejemplo, por un aumento drástico del precio de las materias primas que se necesitan para la producción de las mercaderías o para la prestación de los servicios, o bien debido a nuevas reglamentaciones de seguridad que hacen más costoso los procedimientos de producción.

b. Disminución del valor de la prestación recibida por una parte.- La segunda manifestación de la excesiva onerosidad (*hardship*) se caracteriza por una reducción significativa del valor de la prestación recibida por una parte, incluyendo el supuesto en que la prestación ha perdido todo valor para la parte que la recibe. La prestación puede consistir o no en obligaciones dinerarias. Naturalmente que la disminución sustancial del valor de la prestación, o la pérdida total de su valor, puede responder a un cambio brusco en las condiciones del mercado (v.gr. un incremento drástico a causa de la inflación del precio acordado en el contrato), o a la frustración de la finalidad a la que se destina la prestación (v.gr. una prohibición de construir en un solar adquirido con ese único

propósito, o la prohibición de exportar mercaderías adquiridas solamente con esa finalidad).

Obviamente que la disminución del valor de la prestación ha de poder cuantificarse objetivamente. Un simple cambio de opinión de una parte respecto al valor de la prestación carece de importancia. La frustración de la finalidad de la prestación sólo se tomará en consideración cuando dicha finalidad sea conocida, o por lo menos debiera haber sido conocida, por ambas partes.

3. Requisitos adicionales para que pueda presentarse la excesiva onerosidad (*hardship*): a. Los eventos tienen lugar o llegan a ser conocidos después de la celebración del contrato.

En virtud del inciso (a) de este artículo, los eventos que ocasionen la excesiva onerosidad (*hardship*) deben presentarse o ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato. Si ya conocía los hechos al celebrar el contrato, dicha parte habría podido tomar las medidas oportunas y necesarias, por lo que no podría invocar la excesiva onerosidad (*hardship*).

b. Los eventos no pudieron haber sido razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja.

Aunque el cambio de circunstancias se haya producido después de la celebración del contrato, el inciso (b) de este artículo aclara que dichas circunstancias no pudieron ser causa de la excesiva onerosidad (*hardship*) en el caso de que hayan podido ser razonablemente conocidas por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato.

Ejemplo

2. A pesar de las tensiones políticas en la región, “A” acuerda surtir a “B” de petróleo crudo del país “X” a un precio estipulado para los próximos cinco años. Dos años después de celebrarse el contrato estalla una guerra entre países vecinos. La guerra

ocasiona una crisis energética en todo el mundo y el precio del petróleo se incrementa drásticamente. “A” no tiene derecho a invocar la excesiva onerosidad (*hardship*), porque el aumento del precio del petróleo crudo no era imprevisible. Aunque el cambio de las circunstancias haya sido gradual, dichos cambios pueden desembocar en una situación de excesiva onerosidad (*hardship*). Si los eventos extraordinarios comenzaron a suceder antes de la celebración del contrato, la excesiva onerosidad (*hardship*) no puede invocarse, salvo que el ritmo de dichos eventos se haya incrementado en forma drástica durante la vigencia del contrato.

Ejemplo

3. El precio de un contrato de compraventa entre “A” y “B” es expresado en moneda del país X. El valor de esta moneda se venía depreciando lentamente frente a otras antes de celebrarse el contrato. Un mes más tarde, una crisis política en el país “X” provoca una seria devaluación de su moneda cercana al 80% de su valor. A menos que las circunstancias indiquen otra cosa, esta devaluación constituye un caso de excesiva onerosidad (*hardship*), porque una aceleración tan dramática de la devaluación no podía ser prevista.

c. Los eventos escapan al control de la parte en desventaja.

Según el inciso (c) de este artículo, la excesiva onerosidad (*hardship*) sólo puede surgir si los hechos que la ocasionan escapan del control de la parte en desventaja.

d. La parte en desventaja no ha asumido el riesgo de que dichos eventos pudieran acontecer.

Según el inciso (d), no existirá excesiva onerosidad (*hardship*) si la parte en desventaja ha asumido el riesgo de un cambio de circunstancias. El verbo “asumir” señala claramente la necesidad de una declaración expresa al asumir el riesgo, aunque también puede ser una consecuencia directa de la naturaleza del contrato. La parte que celebra un contrato para llevar a cabo una operación de especulación debe aceptar correr ciertos riesgos, aunque en el momento de celebrar el contrato no haya tenido una noción cabal del riesgo que asumía.

Ejemplo

4. “A”, una compañía de seguros especializada en riesgos de embarcaciones, solicita una prima adicional de aquellos clientes cuyas pólizas incluyen una cobertura por el riesgo de guerra e insurrección civil, a fin de cubrir el riesgo sustancialmente mayor al que se exponen dichas embarcaciones luego de estallar, simultáneamente, una guerra e insurrección civil en tres países de la región. “A” no tiene derecho a adaptar el contrato de seguro, porque las cláusulas habían sido precisamente destinadas para que las compañías de seguros asuman este tipo de riesgos también en caso de implicación simultánea de tres países.

4. La excesiva onerosidad (*hardship*) sólo es relevante respecto a prestaciones pendientes de cumplimiento: En razón de su naturaleza, la excesiva onerosidad (*hardship*) sólo será relevante respecto de prestaciones que todavía no han sido cumplidas. Una vez que una parte ha cumplido, ya no tiene derecho a alegar un incremento fundamental del costo de su prestación, o una disminución sustancial del valor de la prestación, ocasionadas por un cambio de circunstancias posterior al cumplimiento.

Si la alteración fundamental del equilibrio de las prestaciones acaece al haberse cumplido con sólo una parte de la prestación, la excesiva onerosidad (*hardship*) sólo podrá aplicarse al resto de la prestación.

Ejemplo

5. “A” contrata con “B”, una compañía que recicla basura en el país “X”, para ocuparse del acopio y depósito de la basura recolectada por “A”. El contrato contempla una duración de cuatro años y un precio fijo por cada tonelada de basura. Dos años después de celebrarse el contrato, el movimiento ecológico en el país “X” gana terreno frente al gobierno, que establece precios por el acopio de basura que son diez veces más altos que los precios anteriores. “B” podría invocar excesiva onerosidad (*hardship*) sólo en lo que respecta a los dos años que restan a la vigencia del contrato.

5. La excesiva onerosidad (*hardship*) suele tener importancia en los contratos de larga

duración: Aunque este artículo no excluye expresamente la posibilidad de que la excesiva onerosidad (*hardship*) se aplique a otra clase de contratos, por lo general suele tener importancia en los contratos de larga duración, esto es, aquellos contratos en donde la prestación de por lo menos una de las partes debe realizarse a lo largo de cierto período de tiempo.

6. Excesiva onerosidad (*hardship*) y fuerza mayor (*force majeure*): Conforme a estos Principios, los conceptos de excesiva onerosidad (*hardship*) y de fuerza mayor (*force majeure*) (véase el Art. 7.1.7) pueden presentarse conjuntamente. En este caso, le corresponde a la parte perjudicada por los eventos extraordinarios decidir cuál de los recursos invocar. Si alega la fuerza mayor (*force majeure*) podría ser excusada de cumplir, mientras que si invoca la excesiva onerosidad (*hardship*), en principio lo hará con el propósito de renegociar los términos del contrato y mantenerlo en vigor, aunque adaptando las cláusulas del contrato a las circunstancias.

7. Excesiva onerosidad (*hardship*) y práctica contractual: La definición de excesiva onerosidad (*hardship*) en este artículo tiene, inevitablemente, un alcance muy general. Los contratos comerciales internacionales incorporan con frecuencia cláusulas mucho más precisas y elaboradas al respecto. Las partes encontrarán la forma más apropiada de adaptar el contenido de este artículo a las circunstancias concretas de una operación en particular.

Artículo 6.2.3 (Efectos de la “excesiva onerosidad” (*hardship*)).- (1) En caso de “excesiva onerosidad” (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá: (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

Comentario:

1. La parte en desventaja puede reclamar una renegociación: Dado que la excesiva onerosidad (*hardship*) consiste en una alteración fundamental en el equilibrio de las prestaciones, el parágrafo (1) de este artículo faculta a la parte en desventaja, en primer lugar, a reclamar la renegociación del contrato con miras a adaptarlo a las nuevas circunstancias.

Ejemplo

1. “A”, una compañía constructora del país “X”, celebra un contrato con “B”, un organismo gubernamental, para construir una planta en el país “Y” por un pago global en la moneda de este país. La mayoría de las maquinarias sofisticadas que requiere la construcción debe ser importada del extranjero. Debido a una devaluación de la moneda del país “Y”, el costo de la maquinaria se eleva considerablemente. “A” está facultado para requerir a “B” la renegociación del contrato original, con el fin de adaptarlo a las nuevas circunstancias.

No es admisible un reclamo de renegociación cuando el mismo contrato ya contiene cláusulas que prevén la adaptación automática del contrato (v.gr. una cláusula de indexación del precio para el supuesto de que ocurran ciertos eventos).

Ejemplo

2. Los hechos son idénticos a los del Ejemplo 1, con la diferencia de que el contrato contiene una cláusula de indexación que contempla modificaciones en el costo de

los materiales y del trabajo. “A” no tiene derecho a reclamar la renegociación del precio.

Sin embargo, puede proceder la renegociación en este supuesto si la cláusula de adaptación incorporada al contrato no contempla los hechos que ocasionan la excesiva onerosidad (*hardship*).

Ejemplo

3. Los hechos son idénticos a los del Ejemplo 2, con la diferencia de que el aumento sustancial de los costos de “A” se debe a la adopción de nuevas medidas de seguridad en el país “Y”. “A” tiene derecho a requerir de “B” la renegociación del precio del contrato original, a fin de adaptarlo a las nuevas circunstancias.

2. La renegociación debe ser reclamada sin demora injustificada: El reclamo de renegociación debe ser presentada tan pronto como sea posible después del momento en que sucedió el hecho generador de excesiva onerosidad (*hardship*) (parágrafo (1)). El plazo para reclamar la renegociación dependerá de cada caso en particular. Si las circunstancias se han presentado progresivamente, el término será mayor. Véase el comentario 3(b) del Art. 6.2.2. Por consiguiente, la parte afectada no pierde su derecho a reclamar la renegociación por el hecho de haber actuado con demora injustificada. Sin embargo, el plazo para reclamar la revisión del contrato puede afectar la prueba de la excesiva onerosidad (*hardship*), y poder así determinar si efectivamente existió.

3. Fundamentos para reclamar la renegociación: El parágrafo (1) del presente artículo también impone a la parte en desventaja el deber de indicar los motivos en que se basa el reclamo de renegociación, a fin de permitir de que la otra parte pueda determinar si se justifica o no la renegociación del contrato. Un reclamo incompleto será considerado como presentado fuera de tiempo, a menos que las causas que dan origen a la excesiva onerosidad (*hardship*) sean tan obvias que no sea necesario indicarlas detalladamente en el reclamo.

Un reclamo de renegociación que no sea debidamente fundado tendrá efectos semejantes a un reclamo presentado con retardo. Véase comentario 2 de este artículo.

4. Reclamo de renegociación y suspensión del cumplimiento de la obligación: El párrafo (2) de este artículo prevé que el requerimiento de renegociación no autoriza a la parte en desventaja a suspender el cumplimiento de sus obligaciones. Esto se debe al carácter excepcional de la excesiva onerosidad (hardship) y al riesgo de posibles abusos de este recurso. La suspensión del cumplimiento se justificará sólo en circunstancias extraordinarias.

Ejemplo

4. “A” contrata con “B” la construcción de una planta industrial. La planta se construirá en el país X, que decide adoptar nuevas reglas de seguridad después de celebrarse el contrato. Las nuevas reglas imponen la instalación de maquinarias adicionales, alterando fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones y convirtiendo la prestación de “A” en otra sustancialmente más onerosa. “A” tiene derecho a reclamar la renegociación del contrato, a suspender el cumplimiento de su obligación debido al tiempo que le llevará implantar las nuevas medidas de seguridad, así como a suspender la entrega de las nuevas maquinarias hasta tanto no se convenga en la readaptación de su precio.

5. Renegociaciones de buena fe: Aunque este artículo no lo establezca en forma expresa, tanto el requerimiento de renegociación de la parte en desventaja, como la conducta de ambas partes durante el proceso de renegociación, deberán conducirse de acuerdo al principio de buena fe y lealtad negocial (Art. 1.7) y al deber de cooperación (Art. 5.1.3). Esto implica que la parte en desventaja debe creer honestamente que existe una situación de excesiva onerosidad (hardship), en lugar de reclamar la renegociación simplemente como una medida estratégica. Además, una vez que el reclamo ha sido presentado, ambas partes deben conducir las renegociaciones de una manera constructiva, absteniéndose en particular de cualquier tipo de obstrucción y otorgando toda la información que sea necesaria.

6. Posibilidad de recurrir ante un tribunal en caso de falta de acuerdo: Si las partes no llegan a un acuerdo acerca de la adaptación del contrato dentro de un tiempo razonable, el párrafo (3) de este artículo autoriza a ambas partes a recurrir a un tribunal. Esta situación puede presentarse bien porque la parte que no ha sido perjudicada por el cambio de situación decide ignorar el reclamo de renegociación, o porque las renegociaciones no prosperaron a pesar de la buena fe de ambas partes.

La complejidad del tema y las circunstancias concretas de cada caso determinarán cuánto tiempo debe esperar la parte en desventaja antes de recurrir al tribunal.

7. Medidas judiciales en caso de presentarse una situación de excesiva onerosidad (*hardship*): En el caso de presentarse una situación de excesiva onerosidad (*hardship*), el párrafo (4) de este artículo otorga varias alternativas al tribunal.

Una primera posibilidad es resolver el contrato. Sin embargo, dado que la resolución del contrato en este supuesto no depende del incumplimiento de una de las partes, el efecto de dicha resolución sobre las prestaciones realizadas hasta ese momento difiere de aquél que regula el capítulo pertinente (Arts. 7.3.1. y ss.). El párrafo (4) (a) dispone que el tribunal podrá resolver el contrato “en fecha y condiciones a ser fijadas” y siempre que lo considere razonable.

El tribunal también puede decidir adaptar el contrato a fin de restablecer el equilibrio de las prestaciones (párrafo (4)(b)). En este supuesto, el tribunal intentará establecer una distribución más justa del menoscabo sufrido por las partes. Este reajuste podrá o no incluir una adaptación del precio, dependiendo del tipo de excesiva onerosidad (*hardship*) que se presente. La readaptación del precio puede no reflejar todo el menoscabo sufrido por la parte en desventaja, ya que el tribunal puede, por ejemplo, tener en cuenta la medida en que una de las partes ha asumido los riesgos y en qué medida la otra parte se podría beneficiar con la prestación recibida.

El párrafo (4) de este artículo establece expresamente que el tribunal podrá resolver o adaptar el contrato siempre que lo considere razonable. Las circunstancias podrán ser tales que ni la resolución ni la adaptación del contrato sean apropiadas, por lo que la única

solución factible sería o bien ordenar a las partes que reasuman las negociaciones a fin de llegar a un acuerdo acerca de la adaptación del contrato, o bien convalidar los términos del contrato originalmente pactado.

Ejemplo

5. “A”, un exportador, se compromete a abastecer de cerveza a “B”, un importador del país “X”, durante los próximos tres años. Dos años después de la celebración del contrato, “X” promulga una nueva ley que prohíbe la venta y el consumo de bebidas alcohólicas. “B” invoca de inmediato la excesiva onerosidad (hardship) y solicita a “A” la renegociación del contrato. “A” reconoce que se presenta una situación de excesiva onerosidad (hardship), pero no acepta las modificaciones al contrato que han sido propuestas por “B”. Después de un mes de discusiones infructuosas, “B” acude a un tribunal.

Si “B” tiene la posibilidad de vender la cerveza a otro país vecino, aunque sea a un precio menor, el tribunal podría decidir conservar la validez del contrato con una reducción del precio pactado.

Si, por el contrario, “B” no tiene dicha posibilidad, sería razonable que el tribunal decretara la resolución del contrato, pudiendo reclamar a “B” que pague a “A” el último envío de cerveza que se encuentra en tránsito.

ANEXO II

CONVENCIÓN DE VIENA 1980 SOBRE LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.

Sección IV. Exoneración

Artículo 79

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

2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad: (a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y (b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo.

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

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

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

ANEXO III

PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS.

Artículo 6:111: Cambio de circunstancias

1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.

2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que: (a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato. (b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido. (c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.

3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá: (a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado. (b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.

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

ANEXO IV

ICC HARDSHIP CLAUSE 2003.

Introductory Note on the Application of the Clause

This clause, known as the “ICC Hardship Clause 2003”, is intended to apply to any contract which incorporates it either expressly or by reference. While parties are encouraged to incorporate the clause into their contracts by its full name, it is anticipated that any reference in a contract to the “ICC Hardship Clause” shall, in the absence of evidence to the contrary, be deemed to be a reference to this clause.

- 1. A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.*
- 2. Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that: [a] the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that [b] it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event.*
- 3. Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract.*

Notes

a) Hardship and Force Majeure:

The ICC Hardship Clause 2003 stands separately from the ICC Force Majeure Clause 2003. This has been done for two reasons. First, clauses providing for the consequences of force majeure events are more commonly used than hardship clauses: it was felt that making both clauses operate automatically by incorporation might discourage the use of the force majeure clause. Secondly, the two clauses operate in different circumstances and have different effects; they ought therefore to be kept separate. Having said that, ICC puts forward both clauses as fair allocations of risk in circumstances of force majeure and hardship and both clauses can, of course, be incorporated into the same contract.

b) The origins of the Clause:

The Clause differs markedly from the ICC 1985 Hardship provisions, which gave four alternative options for adoption by contracting parties. The Clause now provides one formulation with clear alternative consequences, negotiation or termination, the latter of which would in most cases provide an incentive towards the former. The Clause amalgamates elements of article 1467 of the Italian Civil Code and of article 6.2.2 of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts.

c) The parties should perform their duties: paragraph 1.

The Clause, taken largely from article 6.2.1 of the Unidroit Principles, starts with the principle that contractual duties should normally be performed, otherwise known as the principle “pacta sunt servanda”. On one view, this paragraph is unnecessary, in that hardship could only be invoked if the rigorous tests of paragraph 2 are satisfied, and this would be the case whether or not there is a paragraph 1. On the other hand, it was felt that the explicit expression of the “pacta sunt servanda” principle gives tribunals a clear indication that paragraph 2 is only to be invoked where its conditions are very strictly satisfied, it being an exception to the usual requirement of performance. It is with this in mind that the phrase “more onerous than anticipated at the time of the conclusion of the contract” is used in paragraph 1 (in which case duties must be performed) and the more demanding phrase “excessively onerous” in paragraph 2(a) (in which case there might be relief from performance.)

d) Hardship and existing impediments:

As with the ICC Force Majeure Clause 2003, this Clause is not limited to situations where the events rendering performance excessively onerous occurred after the time the contract was concluded. Here too, the Task Force decided against such a limitation on the ground that a party might wish to invoke the Clause in circumstances where it simply did not know – and could not have known – of the existence of the event at the time of the conclusion of the contract. Again here, however, if the parties wish to apply the consequences of the Hardship Clause solely to events which occur after the contract is concluded, there is nothing in the Clause limiting their ability to do so by special term in their contract. Care should be taken in such circumstances, however, because such a clause would have the effect of excluding the consequences of the Clause where events rendering performance excessively onerous existed at the time of the conclusion of the contract but were unknown to the parties.

e) Hardship and the duty to negotiate: paragraph 2.

The Clause places upon the parties the duty to negotiate alternative reasonable terms without expressly referring the matter to a court, as is done in article 6.2.3 of the Unidroit Principles. It was felt that the ICC Hardship Clause should encourage the parties to work out their own solutions through a general dispute resolution clause in their contract, rather than expressly stipulating for a limited reference to a tribunal for re-negotiation in a hardship situation. A “special” dispute resolution provision for hardship cases co-existing with a general dispute resolution clause might cause unnecessary and undesirable confusion. Thus, where paragraph 3 does not work, either because the performing party fails to offer alternative terms or because the non-performing party fails unreasonably to accept them, then the likelihood is that a claim will be made, either for termination brought by the party invoking the Clause or for breach of contract brought by the other party. That claim would go to arbitration or litigation under the general dispute resolution terms in the contract, for example by reference to any of the dispute resolution services provided by ICC.

ANEXO V

RESOLUCIÓN NO. 3942001, PRIMERA SALA CSJ, R.O. 524, 28 DE FEBRERO DEL 2002. E.C. S.A. VS E.D. S.A. SEGUROS Y REASEGUROS.

“... **PRIMERO.-** El recurrente impugna la sentencia expedida por la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, con fundamento en las causales primera y cuarta determinadas en el artículo 3 de la Ley de Casación y considera que se han infringido las siguientes normas de derecho: artículos 1588, 1589, 1603 y 1609 del Código Civil; artículos 103, 104, 105, 273, 277, 287 y 1045 del Código de Procedimiento Civil; y artículos 1, 2 numerales 7, 4, 5, 10, 22, 27, 29, 32 segunda parte y 51 del Decreto Supremo 1147, que introdujo el contrato de seguro en el Código de Comercio (Registro Oficial 123 de 7 de diciembre de 1963).

SEGUNDO.- Debe examinarse en primer término, la acusación que hace el recurrente de que la sentencia comete el vicio establecido en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación: ‘Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis, pues sostiene que se han violado los artículos 273 y 277 del Código de Procedimiento Civil, cuyo texto es, respectivamente: ‘Sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio’ y ‘La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella’. Concretamente, la sentencia habría incurrido en este vicio, cuando para fundamentar el rechazo a la demanda afirma: ‘Para conseguir la efectivización de la póliza, la actora, de acuerdo con el Art. 1532 del Código Civil... debió haber deducido la acción principal de cumplimiento o resolución del contrato y, luego, si el caso ameritaba, la acción accesoria reclamando los eventuales perjuicios provenientes de la resolución o del incumplimiento del contrato. No habiéndose deducido la acción principal, la proposición de la acción subsidiaria deviene en improcedente’. Sostiene el recurrente que la sentencia se aparta de las excepciones que la demandada opuso a su demanda y con las cuales se trabó la litis: negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; ilegitimidad de personería y falta de legítimo contradictor; y subsidiariamente, nulidad y prescripción. Ahora bien, al contestar la demanda en la

audiencia de conciliación (...) el demandado, al hacer su exposición, dijo expresamente: ‘El actor no ha planteado en ningún momento ante la autoridad competente la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo; el actor tampoco ha probado que el incumplimiento, de existirlo, sea imputable al contratista ... razón por la cual la empresa de seguros, por mí representada, en ningún momento está obligada a pagar la indemnización, lo que se hará cuando se hayan cumplido los presupuestos legales mencionados. Por lo expuesto niego pura y simple los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda’ y agrega a continuación las demás excepciones. Si se examina, por tanto, la contestación a la demanda en su integridad, se concluye que el argumento que la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito adoptó como fundamento de su sentencia, sí fue expuesto por la demandada en su defensa, aún cuando no corresponda en puridad formal a una negativa pura y simple de los fundamentos de derecho de la demanda, defecto en que se incurre frecuentemente en la práctica procesal, pero que no debe provocar una situación de indefensión de la parte demandada. Por tanto se desecha la alegación del recurrente de que la sentencia haya resuelto una cuestión sobre la cual no se trabó la litis, es decir que esté incurso en el vicio de extra petita; y por lo mismo se considera que tampoco se ha violado lo dispuesto en los artículos 103 a 107 del Código de Procedimiento Civil.

TERCERO.- La siguiente acusación del recurrente contra la sentencia consiste en sostener que en ella se ha confundido el contrato de asociación o joint venture que la Compañía E. C. S.A. firmó con la Compañía M. M. S.A. con el contrato de seguro firmado por la Compañía Aseguradora E. D. S.A. Seguros y Reaseguros con la Compañía M. M. S.A., mediante el cual se expide una póliza de seguro de cumplimiento de contrato, en la cual el asegurado es E. C. S.A. y el objeto es la ‘inversión para la determinación de factibilidad y posteriormente la exploración y explotación del área minera denominada E. C. y la participación en los beneficios’. Sostiene que el Tribunal de instancia ha aplicado indebidamente los artículos 1588 y 1589 del Código Civil al contrato de asociación, que es antecedente de la emisión de la póliza, y deja de aplicar tales normas al contrato de seguro, cuyo cumplimiento se demanda. Afirma además que si se hubieran aplicado las normas que regulan el contrato de seguro (artículos 1, 2 numerales 7, 4, 5, 10, 22, 27, 29, 32 segunda parte y 51 del Decreto Supremo 1147) y se habrían analizado las cláusulas de la póliza de seguro de cumplimiento de contrato otorgada por la aseguradora, no se habría producido la confusión que acusa y que llevó a la Sexta Sala de la Corte Superior de

Justicia a considerar que E. C. S.A. debió primero demandar la resolución o cumplimiento del contrato celebrado con M. M. S.A. y luego la acción accesoria reclamando los eventuales perjuicios. De esta manera, la cuestión central planteada en el recurso, que debe examinarse en este fallo, consiste en determinar si debía o no preceder a la reclamación formulada por la empresa accionante en la presente causa, una sentencia previa que declare el incumplimiento de las obligaciones contraídas por M. M. S.A. en el contrato que celebró con E. C. S.A.

CUARTO.- La cuestión planteada en el considerando anterior tiene que ser examinada tomando en cuenta la naturaleza del contrato de seguro, en general, y los consiguientes derechos de las partes; y, en forma particular, de un seguro de cumplimiento de contrato. El artículo 1 del ya citado Decreto Supremo 1147, reformativo del Código de Comercio, contiene la siguiente definición: ‘El seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o de un daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato’. No cabe duda de que se trata de un contrato mercantil sui generis, pues aunque existe ánimo de lucro en el asegurador, el asegurado persigue, no una utilidad económica, sino su tranquilidad y seguridad, al trasladar a un tercero la protección contra un riesgo eventual que le podría acaecer. Es además un contrato, en el cual la buena fe ocupa un lugar fundamental, precisamente porque el asegurado no tiene ánimo de lucro, y porque ella se manifiesta desde la etapa precontractual y obviamente durante su ejecución. En este marco debe examinarse especialmente la forma en que el asegurado puede hacer valer sus derechos, reclamar y recibir la indemnización acordada, en el caso de que se haya producido el evento o siniestro, como lo denomina la propia ley (artículo 5 ibídem). No cabe duda de que el interés público exige en esta materia que se garantice de la mejor manera la efectividad de los derechos del asegurado y se eviten las eventuales prácticas dilatorias que puede poner en marcha el asegurador para, dejando a un lado la buena fe contractual, eludir o diferir el cumplimiento de sus obligaciones. Esta es la razón por la cual las distintas legislaciones han establecido mecanismos ágiles para precautelar los derechos del asegurado. Por ejemplo, la legislación colombiana, en concreto el artículo 1053 del Código de Comercio, determina que la póliza presta mérito ejecutivo dentro de las condiciones previstas en dicho artículo.

QUINTO.- En cuanto a la legislación nacional, el artículo 100 de la Ley General de Compañías de Seguros, vigente al momento de la celebración del contrato en referencia (y que tiene su correspondencia en el artículo 42 de la Ley General de Seguros actualmente en vigencia), establecía que: ‘Toda Compañía de Seguros tiene la obligación de pagar el seguro contratado o la parte correspondiente a la pérdida debidamente comprobada, según sea el caso, dentro de los sesenta días siguientes a aquel en que el asegurado o el beneficiario le presenten por escrito la correspondiente reclamación aparejada de los documentos que, según la póliza, sean indispensables, a menos que la compañía formule objeciones a tal reclamo, las mismas que deberán ser llevadas inmediatamente a conocimiento del Superintendente de Bancos. Si el asegurado o el beneficiario se allana a las objeciones, la compañía pagará inmediatamente la indemnización acordada. Si en este caso o en el de que se venciere el plazo de sesenta días fijado en el inciso primero, la compañía no efectuare el pago, el asegurado o el beneficiario pondrá este hecho en conocimiento del Superintendente de Bancos, quien, oídas las razones de la Compañía, le dará un plazo prudencial de hasta treinta días para que pague indefectiblemente, junto con los intereses, calculados a partir de los sesenta días antes indicados, al tipo máximo del convencional fijado de acuerdo con la Ley. De no pagar dentro del plazo concedido, el Superintendente ocupará la compañía y procederá de acuerdo con la Ley. Esta resolución no será apelable. Si la compañía formule objeciones y no se llegare a un acuerdo con el asegurado o beneficiario, se resolverá la reclamación en juicio verbal sumario. En caso de sentencia condenatoria con intereses, éstos se liquidarán a partir de los noventa días posteriores a la fecha del reclamo presentado a la compañía’. En síntesis el trámite que la norma establecía era el siguiente: 1) Presentada la reclamación por el asegurado o el beneficiario del seguro, la compañía de seguros tenía la obligación de pagar el seguro contratado dentro de los sesenta días siguientes (la ley vigente ha reducido este plazo a cuarenta y cinco días, dentro del espíritu de agilizar el trámite); 2) Sin embargo la empresa podía formular objeciones al reclamo; 3) Tales objeciones debían inmediatamente ser puestas en conocimiento de la Superintendencia de Bancos; 4) Si el reclamante se allanaba a las objeciones, la compañía de seguros debía pagar inmediatamente la indemnización que hubieren acordado; 5) Si vencido el plazo de sesenta días la compañía no efectuaba el pago ni tampoco había formulado objeciones, el asegurado o beneficiario debía poner este hecho en conocimiento de la Superintendencia, la que oídas las razones de la compañía, le debía

conceder un plazo de hasta treinta días, para que pague el valor establecido, con intereses (la ley vigente reduce el plazo a quince días); 6) Si la compañía no pagaba, la Superintendencia ocupaba la compañía (la ley vigente establece que la Superintendencia dispondrá la liquidación forzosa de la empresa de seguros); 7) Si la compañía formulaba objeciones y no se llegaba a un acuerdo con el reclamante, la reclamación debía resolverse en juicio verbal sumario. La ley vigente modifica este último paso concediéndole a la Superintendencia la competencia de resolver sobre las objeciones y sus fundamentos y ordenar o no el pago en consonancia con su resolución, quedándole al reclamante la opción de acudir a los jueces competentes o de someter el caso al arbitraje o mediación. En todo caso, se advierte, tanto en la legislación anterior y más todavía en la actual, que la intención del Legislador ha sido garantizar de la manera más efectiva el derecho del asegurado, o del beneficiario en su caso, a ser indemnizado prontamente por la compañía aseguradora, so pena de verse ésta sometida a sanciones administrativas de extremada gravedad; y que sólo en último término, el reclamo sea ventilado en la vía judicial, concretamente mediante el trámite verbal sumario; es decir en un juicio de conocimiento abreviado, en el que deben confrontarse la reclamación con las objeciones presentadas por la compañía.

SEXTO.- Lo que toca examinar ahora es si este procedimiento debía sufrir alguna alteración al tratarse de un seguro de cumplimiento de contrato, como es el caso de autos. Se utiliza la forma verbal ‘debía’, por cuanto al expedirse la Ley General de Seguros, publicada en el Registro Oficial 290 de 3 de abril de 1998, se reguló en forma específica este tipo de contratos, en el Capítulo noveno, bajo el título de ‘Del régimen de fianzas otorgadas por las entidades de seguros’, con lo cual se dio por finalizada cualquier polémica que pudiera haberse producido respecto a capacidad de las compañías de seguros para otorgar pólizas de garantías para el cumplimiento de contratos, fórmula que por cierto había sido utilizada abundantemente para afianzar contratos celebrados con las entidades del sector público, en conformidad con las leyes que han regido y rigen la contratación pública. Aunque los artículos 43 a 47 de la Ley General de Seguros, desde un punto de vista estrictamente técnico, no deberían formar parte de esta ley, sino que más bien debieron incorporarse a la legislación que regula el contrato de seguro, recogen por otra parte principios y conclusiones a los que la doctrina había llegado en relación a este tipo de contrato de seguro, y por lo mismo ilustran adecuadamente respecto a la forma en que

deben resolverse los conflictos producidos en relación a contratos suscritos antes de su vigencia, como ocurre en este caso. El tratadista Eduardo Peña Triviño, con referencia a estos contratos, afirma: ‘Las fianzas o cauciones pueden ser objeto lícito de un contrato de seguros y... los elementos esenciales que dispone la ley como características de un contrato de seguros, se cumplen a plenitud en los convenios de fianzas’ (Manual de Derecho de Seguros, EDINO, Guayaquil, 2000, página 310). Según este autor, el único aspecto en que este contrato se diferencia de los demás convenios de seguros es su carácter de contrato accesorio (aunque, como se verá más adelante, muestra además algunas otras notas distintivas), pues como toda caución requiere para su existencia de un contrato principal anterior, cuyo cumplimiento garantiza. Y es precisamente esta característica la que hace surgir la alegación presentada por la compañía demandada y aceptada por el Tribunal ad quem: debía demandarse primero la resolución de este contrato principal anterior. Ahora bien, es evidente que, de aceptarse este criterio, se produciría, en contradicción con el espíritu de la ley, un indudable retardo en la atención del reclamo formulado y en la satisfacción de los eventuales derechos del asegurado o beneficiario, que, luego del reclamo administrativo, debería litigar en dos juicios para finalmente obtener la indemnización pretendida. Por otro lado, ninguna disposición de la normativa vigente a la fecha de la celebración del contrato permite arribar a la conclusión de que en este tipo de contratos de seguros no era aplicable el procedimiento previsto en el artículo 100 de la antigua Ley General de Compañías de Seguros, que ha sido examinado en el considerando sexto de este fallo. Además, en el artículo 16 de las estipulaciones generales de la póliza (página 26 vuelta), se determina de manera expresa que toda acción que tenga su origen en la póliza deberá sujetarse al trámite verbal sumario, establecido en el suficientemente analizado artículo 100 de la Ley General de Compañías de Seguros. Inclusive, en comunicación dirigida por el Gerente General de E. D. C.A. al Director General de Seguros de la Superintendencia de Bancos (...), se afirma explícitamente que el problema debe ser resuelto ya sea por arbitraje, ya sea en un juicio verbal sumario ‘legalmente es lo único que procede. Estamos dispuestos a sujetarnos al veredicto del árbitro o del juez’, por lo cual llama la atención que luego la misma compañía haya cuestionado la pertinencia de la presente acción. Para mayor abundamiento cabe señalar que la nueva ley tampoco establece ninguna diferencia en cuanto a la forma de proceder a la reclamación por parte del asegurado para el cobro de la fianza y al derecho de acudir a la justicia si su reclamo no ha sido atendido. Por estas razones, se considera que efectivamente en la sentencia que ha

sido recurrida se ha cometido un error de derecho, al aplicar indebidamente las normas citadas del Código Civil, por lo cual se la debe casar y dictar en su lugar la que corresponda, asumiendo esta Sala circunstancialmente las facultades propias de un Tribunal de instancia.

SÉPTIMO.- Este juicio se inicia, una vez agotado el trámite administrativo previsto en el artículo 100 de la Ley General de Compañías de Seguros vigente en esa época, por demanda presentada por M. L., en su calidad de Gerente General de la Compañía E. C. S.A., en contra de la compañía E. D. C.A. Seguros y Reaseguros, en que reclama el pago del valor asegurado en la póliza de seguro de cumplimiento de contrato, extendida por dicha compañía a favor de E. C. S.A., para garantizar, como obligación afianzada, la inversión de la Compañía M. M. S.A., para la determinación de factibilidad y posteriormente la exploración y explotación del área minera denominada E. C. S.A., y la participación en los beneficios, en conformidad con el convenio de joint venture suscrito entre E. C. S.A. y M. M. S.A. y, en especial, en lo establecido en el punto 4 de los términos y condiciones de dicho convenio; reclama también el pago de los intereses y de las costas procesales. En la audiencia de conciliación, la compañía demandada alega que la actora no ha demandado primero la resolución del contrato celebrado con M. M. S.A., que tampoco ha probado que el incumplimiento sea imputable al contratista, ni ha probado la ocurrencia del siniestro ni la existencia de la pérdida; por lo cual se exceptiona con la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, ilegitimidad de personería y falta de legítimo contradictor; subsidiariamente, nulidad y prescripción.

OCTAVO.- Se ha examinado ya y desechado la alegación acogida por la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito de que E. C. S.A. debía previamente demandar la resolución del contrato celebrado con M. M. S.A. y obtener en tal juicio una sentencia favorable. Tampoco la demandada ha probado sus excepciones de ilegitimidad de personería, falta de legítimo contradictor, nulidad y prescripción. Queda en pie, por tanto, su alegación de que la actora no ha probado que el incumplimiento sea atribuible a M. M. S.A., ni la ocurrencia del siniestro. La ley tiene en este punto una disposición expresa que resuelve terminantemente sobre quién recae la carga de la prueba en materia de seguros. El artículo 22 del Decreto Supremo 1147 señala que; ‘Incumbe al asegurado probar la ocurrencia del siniestro, el cual se presume producido por caso fortuito, salvo prueba en

contrario. Asimismo incumbe al asegurado comprobar la cuantía de la indemnización a cargo del asegurador. A éste incumbe, en ambos casos, demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad'. Peña Triviño relaciona esta disposición con la del artículo 1742 inciso primero del Código Civil, 'incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas', y comenta: 'Por lo cual se deduce que en el contrato de seguro al alegar el asegurado la ocurrencia de un siniestro del que se deriva la obligación de indemnizarlo, es a él a quien toca la prueba de tal ocurrencia. Para llenarse de justicia, en un caso concreto, probará dos hechos fundamentales: en primer lugar, la existencia de un contrato de seguro vigente, y en segundo término que el siniestro ocurrido se encuentra dentro de los hechos amparados por el contrato de seguro. Al tenor de lo que dispone el artículo 115 (117) del Código de Procedimiento Civil, la parte, el asegurado, está obligado a probar los hechos que alega. Se entiende que la prueba se reduce entonces a poner de manifiesto sólo la ocurrencia de un siniestro amparado, porque la ley establece una presunción legal de que se presume producido por caso fortuito, es decir que existe buena fe en el asegurado que no ha producido intencionalmente el siniestro con fines de cobrar indemnización. De acuerdo a los mismos preceptos legales ya citados, al asegurador toca probar los hechos o circunstancias eximentes de su responsabilidad. Principalmente, deberá probar que el siniestro no está amparado, bien porque no está vigente el contrato de seguro es inexistente o está caducado; bien porque la póliza en vigor, el siniestro es de los hechos que no dependen de caso fortuito; bien porque el hecho alegado como siniestro no puede ser catalogado como tal; ora porque del estudio de las circunstancias se viene a conocer que el asegurado ha actuado de tal manera que ha perdido sus derechos; ora, en fin, porque la aseguradora aduce que el siniestro ha sido producido intencionalmente y no por caso fortuito. Corresponde también al asegurado probar la cuantía de la indemnización a cargo del asegurador...'. (obra citada, página 77).

NOVENO.- Según los principios jurídicos que quedan señalados, a E. C. S.A., en su calidad de asegurado, le correspondía probar la ocurrencia del siniestro, que en este caso tiene una característica particular, pues tratándose de un seguro que afianza el cumplimiento de un contrato, el siniestro consiste en el incumplimiento del mismo y, concretamente, en el incumplimiento de la obligación contraída por M. M. S.A., de invertir un mínimo de trescientos mil dólares en costos exploratorios durante la etapa de estudios de factibilidad, en conformidad con la cláusula cuarta de los términos y condiciones del

convenio de joint venture firmado con E. C. S.A. Hay que observar que el incumplimiento consiste en un hecho negativo, ‘no invertir’, y según la norma citada del Código de Procedimiento Civil sólo se prueban los hechos que se han propuesto afirmativamente, pues los hechos negativos no son sujetos de prueba. O como dice Peña Triviño, ‘la prueba se reduce entonces a poner de manifiesto sólo la ocurrencia de un siniestro amparado’. Y sin duda, esto lo ha hecho la actora en comunicaciones dirigidas, tanto a la contratista (...), como a la compañía aseguradora (...), como en el reclamo administrativo formulado ante la Superintendencia de Bancos (...). M. M. S.A., por su parte, no niega explícitamente el incumplimiento ni menos afirma que sí realizó la inversión acordada. Señala más bien las razones que le impiden, en su opinión, realizar la inversión y que le llevan a avisar que no les será posible continuar con el programa de exploración (...). Y la compañía aseguradora, al responder al reclamo del asegurado sostiene: ‘Puesto que no se ha demostrado incumplimiento por parte de M. M. S.A., por causas que provengan directamente de su responsabilidad y el incumplimiento de la inversión de los USD 300.000,00 hasta el 3 de julio de 1991 no es imputable directamente a nuestra garantizada, nuestra Compañía declina el reclamo formulado por E. C. S.A., amparado en el artículo 5 de las Estipulaciones Generales de la Póliza’ (...). Queda claro que la aseguradora en realidad admite el incumplimiento, es decir la ocurrencia del siniestro, pero rechaza el reclamo por cuanto dicho incumplimiento no es imputable a la compañía garantizada. Y en lo que tiene que ver con la cuantía de la indemnización, ésta queda establecida en los términos de la propia póliza.

DÉCIMO.- A la compañía demandada le tocaba probar los hechos o circunstancias que, según ella, excluían su responsabilidad, en conformidad con el ya citado artículo 22 del Decreto Supremo 1147. Concretamente la aseguradora alegó a su favor lo determinado en el artículo 5 de las estipulaciones generales de la póliza: ‘La presente Póliza cubre al asegurado las pérdidas que le produzca el incumplimiento de las obligaciones provenientes del contrato al que se refiere este seguro, en los términos y condiciones fijados en el mismo y siempre que ese incumplimiento sea imputable al contratista, o bien provenga de causas que afecten directamente su responsabilidad. No responde la Compañía por el incumplimiento del contrato que sea ocasionado por fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados...’. En definitiva esta cláusula contractual determina que, habiéndose producido el incumplimiento del contratista, la aseguradora pagará el valor

establecido, si el incumplimiento le fuere imputable a dicho contratista o se debiere a alguna causa de su responsabilidad; o no realizará el pago, si el incumplimiento se debiere a fuerza mayor o caso fortuito. Esta alternativa nos lleva a analizar, no sólo un punto clave en este caso, sino además una cuestión de especial importancia jurídica: la posibilidad legal de que se pueda contractualmente excluir la responsabilidad del asegurador por haberse producido un caso fortuito o fuerza mayor. Y si fuere jurídicamente válido convenir en esta exclusión, tocaría finalmente examinar si tal situación se dio realmente en este caso.

DÉCIMO PRIMERO.- Citemos nuevamente la definición del contrato de seguro que trae el artículo 1 del Decreto Supremo 1147: ‘El seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o de un daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato’. El autor Peña Triviño (obra citada, páginas 11 a 16) deduce de este concepto las características fundamentales del contrato de seguro. Es, afirma: a) bilateral, porque tanto el asegurado como el asegurador se obligan recíprocamente, el primero a pagar la prima, el segundo a pagar la indemnización si ocurre el siniestro; b) oneroso, por cuanto ambas partes reciben utilidad, que en el caso del asegurado consiste en la protección que recibe frente a un riesgo eventual; c) principal, porque subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, pero tratándose de un seguro que afianza el cumplimiento de un contrato, es accesorio; d) conmutativo, porque las prestaciones que las partes se obligan a dar una a la otra se consideran equivalentes; y e) aleatorio, porque el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida; o, más exactamente, porque la obligación de brindar la prestación pactada o su monto dependen del azar. Esta respetable opinión merece, sin embargo, un cuestionamiento, en cuanto a la calificación del contrato de seguro como conmutativo y, simultáneamente, aleatorio, puesto que la ley (artículo 1484 del Código Civil) los señala como dos alternativas de los contratos onerosos y la doctrina los califica como antitéticos (ver, por ejemplo, Ospina Fernández y Ospina Acosta, Teoría General del Contrato y de los Demás Actos y Negocios Jurídicos, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1994, página 63). Es el carácter aleatorio el que distingue en forma especial al contrato de seguro, ya sea que el asegurador deba pagar la indemnización pactada (que es siempre muy superior a la prima que pagó el asegurado), ya sea que por no haberse producido el siniestro (el accidente de tránsito, el incendio o el

incumplimiento del contrato por dar tres ejemplos), el asegurador no deba realizar tal desembolso. Este carácter aleatorio del contrato no implica, por cierto, que las empresas aseguradoras no tengan como finalidad el hacer utilidades, pero éstas se producirán en el conjunto del negocio y no necesariamente en los contratos individualmente considerados.

DÉCIMO SEGUNDO.- Ahora bien, el carácter aleatorio del contrato de seguro (la prestación que debe darse depende de una contingencia incierta, o de un acontecimiento incierto como lo llama la ley) se pone de manifiesto en las definiciones que da el Decreto Supremo 1147 de riesgo y de siniestro: ‘Artículo 4. Denomínase riesgo al suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del solicitante, asegurado o beneficiario, ni la del asegurador y cuyo acaecimiento hace exigible la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles no constituyen riesgo y son, por tanto extraños al contrato de seguro’; ‘Artículo 5. Se denomina siniestro la ocurrencia del riesgo asegurado’. A la luz de estos conceptos debe entenderse la frase que consta al inicio del artículo 11 del mismo decreto: ‘El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del asegurado son inasegurables’, así como la que consta en el artículo: ‘Incumbe al asegurado probar la ocurrencia del siniestro, el cual se presume producido por caso fortuito’. En efecto, la producción del siniestro no puede depender, al menos en forma exclusiva, de la voluntad del asegurado ni del beneficiario ni del asegurador, menos todavía del dolo o culpa grave del asegurado; la producción del siniestro se deberá entonces a caso fortuito, y además se presumirá que así se produjo, presunción legal que admite prueba en contrario. Siendo esa la situación que, normalmente, genera la obligación del asegurador de pagar la indemnización, como puede verse del texto de Peña Triviño que se ha citado, hay que preguntarse si la situación será diferente tratándose de un seguro de cumplimiento de contrato, al punto que, en las estipulaciones generales de la póliza, pueda excluirse expresamente la responsabilidad del asegurador cuando el incumplimiento haya sido ocasionado por fuerza mayor o caso fortuito. Para responder a esta cuestión hay que tomar en cuenta que este tipo de contrato de seguro no es principal sino accesorio, conforme lo establece el artículo 1485 del Código Civil, ‘tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal’ y, como agrega el mismo artículo, ‘de manera que no pueda subsistir sin ella’, o como reza el adagio jurídico, la obligación accesoria sigue la suerte de la obligación principal; y, tratándose de un contrato de fianza, le es aplicable lo establecido en el numeral tercero del artículo 2307 del propio código, es decir

que se extingue ‘por la extinción de la obligación principal en todo o en parte’. Así, pues, si la fuerza mayor o el caso fortuito han hecho imposible el cumplimiento de la obligación principal, tampoco sería exigible el cumplimiento de la obligación accesoria. Sólo en este sentido e, indudablemente, apartándose del régimen normal de los contratos de seguros, resulta aceptable el que se pacte en la póliza de seguro de cumplimiento de contrato la exclusión de la responsabilidad del asegurador por la existencia de fuerza mayor o caso fortuito.

DÉCIMO TERCERO.- Pero ¿se habrá producido en este caso y demostrado en autos la existencia de fuerza mayor o caso fortuito? El artículo 30 del Código Civil nos trae el siguiente concepto: ‘Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.’. Sobre este punto, Juan Larrea Holguín comenta: ‘La doctrina suele distinguir el caso fortuito de la fuerza mayor. El primero se producirá por obra de agente de la naturaleza, como un terremoto, un incendio, etc., mientras que la fuerza mayor sería más bien la obra del hombre cuando no es posible resistir a ella, como en los actos de autoridad o también en el asalto de bandoleros, piratas, etc. Sin embargo, nuestro código, y en general las leyes más modernas, no suelen entrar en estas distinciones, y por eso se definen ambos conjuntamente, como sinónimos perfectos. Los casos fortuitos que se enumeran en el Art. 30 no son, desde luego más que ejemplos, como lo indica claramente la expresión de la ley, y sobre todo la partícula, ‘etc.’ Habría sido imposible e inútil enumerar todos los casos... la definición de la fuerza mayor que se halla en el artículo 221 del Código de Comercio es más práctica, más cercana a la realidad de la vida, y por lo mismo más exacta que la del Código Civil que es abstracta. Se destaca en el Código de Comercio el aspecto relativo de la fuerza mayor; ésta consiste en lo imprevisto e irresistible; pero esas cualidades dependen de los hombres y muchas veces de su profesión: lo que es imprevisible para unos no lo es para otros que tienen mayores conocimientos de alguna ciencia o arte; y lo mismo se podría decir respecto de la posibilidad de evitar un daño ya previsto, usando de medidas oportunas que no están al alcance de cualquier persona, pero sí de técnicos o entendidos. La mencionada definición dice así: ‘Son casos de fuerza mayor los accidentes adversos que no pueden preverse ni impedirse por la prudencia y los medios propios de los hombres de la profesión respectiva’. Resulta evidente que un marino o un aviador pueden impedir un accidente que

no sabrá evitar un profano en esa materia, y así se puede imaginar en cualquier orden de cosas la situación relativa de las personas frente al caso fortuito' (Derecho Civil del Ecuador, Tomo I, Parte general y personas, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1984, páginas 309310). Tanto en el concepto del Código Civil como en el del Código de Comercio, dos son los factores que conforman la fuerza mayor o caso fortuito: la imprevisibilidad (no la imprevisión) y la irresistibilidad del acontecimiento y, juntándose estos dos factores en el ámbito contractual producen el efecto de que el contrato sea imposible de cumplir. Como dice Alberto G. Spota: 'El caso fortuito significa la imposibilidad jurídica (v.gr., se prohíbe realizar la ejecución de la proyectada obra por sobrevenir una expropiación parcial o total del fundo respectivo) o física (v.gr., una inundación imprevisible y extraordinaria impidió cumplir con la venta de la cosecha enajenada sin importar un contrato aleatorio) de ejecutar la prestación debida. Ello no ocurre en la imprevisión contractual: la prestación puede cumplirse, pero a costa de alterar extraordinaria e imprevisiblemente el equilibrio contractual, ocasionando una excesiva onerosidad, que ofende la buena fe contractual y que significa -en quien invoca la fuerza obligatoria del contrato un abuso del derecho' (Instituciones del Derecho Civil, Contratos, volumen III, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, páginas 538 y 539).

DÉCIMO CUARTO.- Para determinar si resulta aceptable la alegación de fuerza mayor o caso fortuito sostenida por la empresa demandada al contestar la demanda e inclusive para examinar un posible caso de excesiva onerosidad que alteraría el equilibrio contractual, se deben tomar en cuenta los siguientes datos. La razón en que M. M. S.A. se apoya para no continuar el programa de exploración al que se había comprometido se expone en la carta dirigida por el Presidente de M. M. S.A., al Gerente de E. C. S.A. el 2 de julio de 1991 (...): '...las acciones de mineros informales que estimamos han removido aproximadamente un valor de 2.5 millones de dólares de material con contenido de oro, degradando así el valor del área de concesión...'. Este sería el hecho, imprevisible e irresistible, que habría impedido el cumplimiento del contrato principal y que acarrearía la imposibilidad de cumplir el contrato accesorio de seguro. Pero ¿la presencia de mineros informales en el área en que debía hacerse la inversión contratada era un hecho imprevisible? En la cláusula 13 del convenio de *joint venture* (...), se acuerda que M. M. S.A., proporcionará mensualmente a E. C. información: 'sobre el avance del proyecto, un informe de egresos, y un informe sobre la situación de los invasores en el área', lo cual lleva a concluir que a la

fecha de la firma del convenio, 3 de enero de 1990, M. M. S.A., conocía la existencia de invasores, que no podían ser otros que los mineros informales a los cuales se refiere luego. La misma compañía aseguradora, al responder al reclamo de E. C. S.A. reitera este conocimiento (...) ‘El problema de las invasiones por parte de mineros ilegales es tan antiguo como el convenio, el cual si bien fue conocido por las partes, la solución debió darse a su debido tiempo con la contribución efectiva del Estado’, presencia de mineros informales que se confirma luego a través de la prueba actuada y en especial de la inspección realizada por el Juez de la causa al área correspondiente (...). Pero la cuestión a establecerse no es si había o no mineros informales en la zona, sino si esta presencia debe ser considerada como caso fortuito o fuerza mayor. Y se debe concluir que siendo éste un hecho conocido por las partes, al momento de pactar sus mutuas obligaciones, éstas fueron contraídas bajo el presupuesto de la presencia de mineros informales, con la que tenían que contar para efectuar su programación, encarar y resolver las posibles dificultades que podrían presentarse y por supuesto para proyectar los costos que debían asumir. Y este mismo razonamiento debe aplicarse a la compañía aseguradora, pues para proceder con seriedad, al momento de asegurar un contrato y asumir el riesgo de su eventual incumplimiento, debe medir, entre otras cosas, la competencia del contratista a quien garantiza para cumplir el contrato y los contratiempos que podrían presentarse; y sólo con esos elementos determinar el monto mayor o menor de la prima que debe pagarse. Por otra parte no puede afirmarse que la presencia de mineros informales hacía jurídica o físicamente imposible el cumplimiento de las obligaciones contraídas; las tornaba más difíciles y posiblemente más costosas, sí, pero no imposibles. Por tanto no se puede admitir que estemos frente a una situación de fuerza mayor o caso fortuito. Y tampoco se ha establecido que este sea un caso en que circunstancias sobrevinientes e imprevisibles (la presencia de los mineros informales era previa y conocida) hubieren provocado para una de las partes una excesiva onerosidad en el cumplimiento de sus obligaciones que haya desequilibrado la relación contractual; tomándose en cuenta además que en un contrato aleatorio, como es el de seguro, existe, como se ha dicho, una contingencia incierta de ganancia o pérdida. Por todas estas consideraciones, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, casándose la sentencia pronunciada por la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, se acepta la demanda propuesta por M. L., en su calidad de Gerente General de la Compañía E. C. S.A., y se ordena que la compañía E. D. C.A. de Seguros y Reaseguros, actualmente

en liquidación, pague a la compañía actora los siguientes valores: la indemnización o valor asegurado en la póliza de cumplimiento de contrato expedida el 10 de enero de 1990, esto es cien mil dólares de los Estados Unidos; y los intereses legales del valor asegurado que se calcularán conforme lo disponía el artículo 100 de la Ley General de Compañías de Seguros, vigente a la fecha de la expedición de la póliza y de la demanda. ...”