

**Repensando la teoría de la imprevisión y la cláusula hardship**  
**El aporte de los estudios sobre los riesgos globales**  
**José María Monzón**

*Resumen: El Covid-19 en tanto que emergencia debilitó los sistemas legales y la seguridad jurídica, de lo cual es un ejemplo, lo sucedido en los contratos de larga duración. En este contexto hubo que repensar la teoría de la imprevisión y descubrir el valor de la cláusula hardship de uso en el comercio internacional, una cuestión ya prevista décadas atrás por Alterini.*

## **Repensando la teoría de la imprevisión y la cláusula hardship**

### **El aporte de los estudios sobre los riesgos globales**

#### **José María Monzón**

#### **I. Sobre profetas, predicciones y prospectiva**

El año 2020 quizás pase a ser el año en el cual se expusieron el mayor número de profecías y predicciones apocalípticas. La incertidumbre acerca del futuro después de un evento tan particular como fue la pandemia abrió las puertas a toda clase de pronósticos. Pero un rastreo en la historia muestra eventos y consecuencias de similares características, por ejemplo, el tránsito del año 999 al 1000. En cualquier caso, la mayor parte de las personas no indagó sobre si había algún tipo de previsión acerca de la pandemia. Por consiguiente, se la consideró como un hecho imprevisto aún para parte de la comunidad científica. Empero, la posibilidad de un evento similar ya había sido pronosticada. Por tanto cuando ella apareció la situación expuso la ignorancia inexcusable de quienes tenían a su cargo la administración del Estado quienes no tomaron en cuenta los informes de riesgos elaborados y publicados por diversas instituciones y actores no gubernamentales.<sup>1</sup> Así se predijo lo siguiente

Varios acontecimientos y factores recientes han elevado en forma significativa la preocupación de que sea inminente una pandemia específica a corto plazo. Podría ser causada por la H5N1, la cepa de influenza aviar que circula actualmente en Asia. En esta encrucijada los científicos no pueden estar seguros, ni saber con exactitud en qué momento atacará una pandemia (...) Sin embargo, la realidad de una próxima pandemia no puede evitarse; sólo se puede amenguar su impacto.<sup>2</sup>

Esta omisión causó gravísimos problemas, daños y muertes que se podían haber reducido y evitado, porque varios Estados contaban con recursos, protocolos de actuación e informes científicos, para situaciones de desastre. Y esto afectó – sobre todo- a los contratos de larga duración. Empero, antes de examinar cómo este evento incidió en los contratos conviene tener en claro algunas consideraciones previas.

En primer lugar, las profecías de males futuros son conocidas desde hace siglos. La fórmula más simple es siempre la misma: si un hecho  $x$  ocurre entonces un hecho  $y$  se produce. Son juicios condicionales que dependen o de una conducta humana (acción u omisión) o de la naturaleza. Segundo, desde una perspectiva científica los daños futuros no sólo se pueden prever sino además reducir o evitar pero no todos los posibles desastres futuros se pueden prever.<sup>3</sup> Tercero, si bien la comunidad científica puede alertar sobre los posibles desastres

---

<sup>1</sup> Véase por ejemplo: GLOBAL CHALLENGES FOUNDATION, “The Cartography of Global Catastrophic Governance”, 2019; TRIOLO, N., “Why David Quammen Is Not Surprised”, March, 17, 2020 en <https://orionmagazine.org/2020/03/why-david-quammen-is-not-surprised/>

<sup>2</sup> OSTERHOLM, M.T., “En previsión de la próxima pandemia”, Salud Pública de México, vol.48, no.3, mayo-junio de 2006, p. 279. (publicado originalmente en Foreign Affairs en Español, octubre-diciembre 2005).

<sup>3</sup> “(...) un desafío para los estudiosos de la disciplina consiste en identificar la evidencia científica relevante a efectos de adoptar medidas de prevención de los desastres y, sobre todo, establecer sobre qué base se van a calcular las “razonables probabilidades”: sobre una base estadística, que tenga en cuenta los anteriores desastres ocurridos en la zona, o bien sobre un cálculo meramente probabilístico, de acuerdo con las condiciones de la zona estudiada. Ambos aspectos resultan problemáticos, pues, por un lado, puede no haber

futuros esto no quita que puedan equivocarse. Cuarto, conviene que todos los actores políticos o sociales posiblemente afectados se involucren en la tarea de construir sistemas de prevención políticos, legales y económicos de daños futuros. Quinto, esto requiere una aproximación multidisciplinaria al problema porque lo que le corresponde al sistema legal es sólo una parte de la resolución de problema. Y es lo que examinaremos seguidamente a partir del análisis de una revisión de la teoría de la imprevisión y de la cláusula hardship.

## II. Prevención y reducción de riesgos

El primer paso para redactar una norma –sea técnica o jurídica- es definir claramente los conceptos que se usarán de modo de despejar la ambigüedad y la vaguedad de las palabras empleadas. En nuestro caso una herramienta útil es el Informe elaborado por el grupo de trabajo intergubernamental de expertos sobre los indicadores y la terminología relacionados con la reducción del riesgo de desastres, presentado a la Asamblea de las Naciones Unidas en 2016,<sup>4</sup> cuyo texto brinda varias definiciones de las cuales nos interesan las siguientes:

- a) La amenaza es el “proceso, fenómeno o actividad humana que puede ocasionar muertes, lesiones u otros efectos en la salud, daños a los bienes, interrupciones sociales y económicas o daños ambientales”;<sup>5</sup>
- b) El desastre es la “disrupción grave del funcionamiento de una comunidad o sociedad en cualquier escala debida a fenómenos peligrosos que interactúan con las condiciones de exposición, vulnerabilidad y capacidad, ocasionando uno o más de los siguientes: pérdidas e impactos humanos, materiales, económicos y ambientales”; sus efectos pueden ser: inmediatos y localizados, de gran extensión y prolongarse en el tiempo; pueden ser en pequeña o gran escala; frecuentes y poco recurrentes, y de evolución lenta;<sup>6</sup> y
- c) La gobernanza del riesgo de desastres es el “sistema de instituciones, mecanismos, marcos normativos y jurídicos y otras disposiciones que tiene por objeto orientar, coordinar y supervisar la reducción de los riesgos de desastres y las esferas de política conexas”.<sup>7</sup>

Como se observa cada definición describe hechos y conductas humanas con consecuencias colectivas. La idea subyacente es la de brindar seguridad en un sentido amplio (un tema que es de orden constitucional). Al respecto Lavell advierte en las sociedades actuales que la variedad de amenazas que potencialmente enfrentan es muy amplia y tiende a aumentar constantemente. Éste distingue entre las que son propias del mundo natural (por ejemplo, tsunami); las que son de naturaleza pseudo o socio-natural (por ejemplo, sequía), y las antropogénicas (por ejemplo, contaminación). Enseguida nota que “este rango de tipos

---

registros de un determinado tipo de desastre en la zona analizada y, por el otro, pueden existir las condiciones de amenaza que indiquen la posibilidad de su ocurrencia. Un ejemplo de esta dicotomía es una falla geológica de la que no existen registros del último terremoto que se generó en ella (en Chile)” en SAN MARTÍN NEIRA, L., “Desastres naturales y responsabilidad civil. Identificación de los desafíos que presenta esta categoría de hechos dañinos”, RdD, Valdivia, Diciembre 2019, Vol. XXXII, N° 2, p. 136.

<sup>4</sup> NACIONES UNIDAS, “Informe del grupo de trabajo intergubernamental de expertos de composición abierta sobre los indicadores y la terminología relacionados con la reducción del riesgo de desastres”, A/71/644, 1 de diciembre de 2016.

<sup>5</sup> NACIONES UNIDAS, Informe..., p. 19.

<sup>6</sup> NACIONES UNIDAS, Informe..., p. 13.

<sup>7</sup> NACIONES UNIDAS, Informe..., p. 16.

genéricos de amenaza, que se amplía notoriamente al llegar a los distintos y múltiples tipos específicos, se complica por posibles efectos de concatenación o sinergia que sirven para crear amenazas complejas”.<sup>8</sup>

Y concluye con un aspecto que interesa particularmente al Derecho: la vulnerabilidad. Por eso subraya que “no puede existir una amenaza sin la existencia de una sociedad vulnerable y viceversa. Un evento físico de la magnitud o intensidad que sea no puede causar un daño social si no hay elementos de la sociedad expuestos a sus efectos”. De ahí que “la magnitud del riesgo siempre está en función de la magnitud de las amenazas y las vulnerabilidades (...)”.<sup>9</sup> Esto se conecta con la noción de riesgo de desastre que es la “posibilidad de que se produzcan muertes, lesiones o destrucción y daños en bienes en un sistema, una sociedad o una comunidad en un período de tiempo concreto, determinados de forma probabilística como una función de la amenaza, la exposición, la vulnerabilidad y la capacidad”. Este puede ser aceptable o tolerable, o residual. Es aceptable cuando

depende de las condiciones sociales, económicas, políticas, culturales, técnicas y ambientales existentes. En el campo de la ingeniería (...) se utiliza para evaluar y definir las medidas estructurales y no estructurales que se necesitan para reducir los posibles daños a personas, bienes, servicios y sistemas hasta un nivel de tolerancia elegido, con arreglo a códigos o “prácticas aceptadas” basados en las probabilidades conocidas de las amenazas y otros factores.<sup>10</sup>

Y es residual si “se mantiene aun cuando se hayan puesto en pie medidas eficaces para la reducción del riesgo de desastres, y respecto del cual deben mantenerse las capacidades de respuesta de emergencia y de recuperación”.<sup>11</sup>

Por consiguiente, importa implementar un sistema de prevención que se define como las “actividades y medidas encaminadas a evitar los riesgos de desastres existentes y nuevos”. Aunque es imposible eliminar todos los riesgos “la prevención pretende reducir la vulnerabilidad y la exposición en los contextos en los que, como resultado, el riesgo de desastres es eliminado”.<sup>12</sup> En este marco interesa conocer cómo responde el sistema jurídico.

### **III. Aspectos jurídicos generales de la gobernanza del riesgo de desastres**

Antes de comenzar a explicar este tema importa advertir que la gobernanza del riesgo de desastres es una cuestión que se integra dentro del sistema constitucional, vinculada al derecho a la seguridad en un sentido amplio, y dentro de éste figura un subsistema: el del derecho a la seguridad jurídica, “vista como estabilidad y continuidad del orden jurídico y previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinada conducta (...) indispensable para la conformación de un Estado que pretenda ser “Estado de Derecho”,<sup>13</sup> que en palabras

---

<sup>8</sup> LAVELL, A., “Una Visión de Futuro: La Gestión del Riesgo”, 2005, p. 3.

<sup>9</sup> LAVELL, ob. cit., p. 4.

<sup>10</sup> NACIONES UNIDAS, Informe..., p. 15.

<sup>11</sup> NACIONES UNIDAS, Informe..., p. 15.

<sup>12</sup> NACIONES UNIDAS, Informe..., p. 22.

<sup>13</sup> MARINONI, L. G., “El precedente en la dimensión de la Seguridad Jurídica”, RIeP, 2012, Año 18, Nº 1, p. 250.

de Alterini “no significa ni puede significar, su inmovilidad,. Sólo atañe a la racionalidad y a la previsibilidad d las mutaciones”.<sup>14</sup> Pues como nota Marinoni

El ciudadano necesita tener seguridad de que el Estado y los terceros se comportarán de acuerdo con el derecho y de que los órganos incumbidos de aplicarlo lo harán valer cuando sea irrespetado. Por otro lado, la seguridad jurídica también importa que el ciudadano pueda definir su propio comportamiento y sus acciones. El primero aspecto demuestra que se trata de una garantía en relación al comportamiento de aquellos que pueden contestar el derecho y tienen el deber de aplicarlo; lo segundo quiere decir que ella es indispensable para que el ciudadano pueda definir el modo de ser de sus actividades.<sup>15</sup>

De esta cita destaco la idea de que el ciudadano pueda definir el modo de ser de sus actividades. En este sentido, si no existe un adecuado sistema de prevención de riesgos y de daños, la posibilidad de que los daños que se padezcan y su impacto sean mayores a los que razonablemente podían haber sido previstos, es casi cierta. El Covid-19 es un buen ejemplo de esto.

Pero, antes de explicar los problemas en los contratos, corresponde distinguir las clases de gestión. Ella puede ser: prospectiva, correctiva o compensatoria. Mientras la primera se dirige al futuro, la segunda actúa sobre el presente, en tanto que la tercera se dirige a preparar, responder, recuperar y brindar “una combinación de diferentes instrumentos de financiación, como los fondos nacionales para imprevistos, los créditos contingentes, los seguros y reaseguros, y las redes de protección social” para las personas que pueden o deben enfrentar un riesgo residual.<sup>16</sup> La pregunta es cómo esto se integra dentro del sistema legal.

#### **IV. La pandemia como límite a la teoría de la imprevisión**

En primer lugar, corresponde subrayar la conveniencia de repasar lo escrito sobre la teoría de la imprevisión por Guillermo Borda, al explicar la Reforma de 1968, para luego recordar lo expuesto por Atilio Alterini hace dos décadas. Al hacer la introducción al tema Borda advierte después de examinar el origen de esta teoría, su desarrollo, caída y resurgimiento, que ella debió vencer la resistencia de algunos juristas para quienes el contrato era “un acto de previsión”, por lo cual los pactos se hacían para ser cumplidos, siendo su cumplimiento estricto una cuestión jurídica y también moral, notando que si ella se integraba al sistema legal podía otorgar al juez “facultades excesivas y peligrosas” y abrir las puertas “a un intervencionismo estatal que debilita progresivamente el principio de la autonomía de la voluntad”.<sup>17</sup> Empero Borda responde que fueron los tribunales al aplicarla quienes dieron un “brillante ejemplo de la labor creadora de nuestra jurisprudencia”.<sup>18</sup> No obstante, pese a la oposición de destacados juristas la teoría pudo ser incluida en el Código Civil.

---

<sup>14</sup> ALTERINI, A.,A., “Derecho cierto. Igualdad ante la ley y economía d mercado” en ALTERINI, A. A., “Estudios de Derecho Civil”, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 25.

<sup>15</sup> MARINONI, ob. cit., p. 251.

<sup>16</sup> NACIONES UNIDAS, Informe..., p. 16.

<sup>17</sup> BORDA, G. “La Reforma de 1968 al Código Civil”, Editorial Perrot, Buenos Aires, p. 250.

<sup>18</sup> BORDA, p. 260.

Décadas más tarde Alterini opina en un artículo de 2002 lo siguiente: “en la doctrina moderna se asigna a la interpretación del contrato un alcance mucho más amplio que el de la mera exploración del significado de sus cláusulas oscuras o ambiguas, pues el criterio generalizado entiende que la interpretación concierne también a la inclusión de ciertos deberes implícitos de los contratantes, emanados de la regla liminar de buena fe”.<sup>19</sup> Desde este punto de vista cabe admitir junto a la teoría de la imprevisión la cláusula hardship, porque como observa este jurista “la justicia contractual requiere que el respeto del principio *pacta sunt servanda* sea compatibilizado con el mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones –como presuposición o base del negocio jurídico-, en los casos en los que el curso ordinario de las cosas sale de su cauce”. Porque “lo imprevisible de ayer llega ser hasta lo previsible de hoy”.<sup>20</sup> De este modo –sostiene Alterini- “es previsible la expansión de la admisión de virtualidades del cambio de las circunstancias en materia contractual a todos los sistemas”.<sup>21</sup>

Actualmente la teoría de la imprevisión prevista en el Artículo 1091 determina que

Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.

Para Gustavo Caramelo esto es aplicable si “un cambio de circunstancias, sobreviniente a la celebración del contrato, y ajeno a la actuación de las partes, afecta la relación de valor de las prestaciones pactadas (...) Tradicionalmente, se señalan como idóneos para provocar tal desequilibrio los hechos provenientes de la naturaleza o del obrar del hombre y, entre estos últimos, los “hechos del príncipe” o actos de gobierno que alteran los términos de las relaciones económicas que se vehiculizan por medio de los contratos. La excesiva onerosidad en los términos de cumplimiento de una obligación puede darse cuando: 1) aumenta para una parte el valor del sacrificio, manteniéndose inalterable el de la ventaja; 2) permanece idéntico el valor del sacrificio, disminuyendo el de la ventaja; o 3) ambos valores sufren alteraciones en sentido inverso, desequilibrándose la economía interna del contrato, su equilibrio”.<sup>22</sup>

Y como algunas las cosas añejas tienen valor te sentido importa repasar nuevamente lo escrito por Alterini para quien la teoría de la imprevisión regulada por diversas sistema legales “a sus requisitos tradicionales -alteración extraordinaria de las circunstancias

<sup>19</sup> ALTERINI, A. A., “Teoría de la imprevisión y cláusula de hardship” en ALTERINI, A. A., “Estudios de Derecho Civil”, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 260.

<sup>20</sup> ALTERINI, ob. cit, p. 274.

<sup>21</sup> ALTERINI, ob. cit, p. 275.

<sup>22</sup> Comentarios a los arts. 1076-1091 elaborado por G. CARAMELO en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, G. Caramelo; S. Picasso; M. Herrera, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 485.

existentes al tiempo de la celebración del contrato, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada- bien puede serle agregada la exigencia de que la excesiva onerosidad resulta irrazonable o inicua, como lo hace el Código Civil holandés de 1992. Y, sin perjuicio de la acción por rescisión total o parcial, corresponde otorgar una acción por adecuación del contrato”, “cuya procedencia depende de la índole del contrato, de los motivos o propósitos de carácter económico que tuvieron las partes al celebrarlo, y de la factibilidad de su cumplimiento”.<sup>23</sup> Seguidamente examinaremos la cláusula hardship que se relaciona con el tema que estamos tratando.

## V. La cláusula hardship

En primer lugar, cabe considerar lo que dice el Artículo 1710 del CCyC

Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.

En el comentario que realizan Sebastián Picasso y Luis R. J. Saénz éstos sostienen que “La función preventiva, tal como está estructurada en el CCyC, transita por dos grandes carriles. En primer lugar (...) se establece expresamente el deber general de no dañar y – correlativamente- un deber genérico de prevención del daño, que comprende no solo el perjuicio que aún no se ha causado como la disminución de la magnitud del que se está produciendo. En segundo término (...) se trata acerca de la acción preventiva”.<sup>24</sup> Entonces, “cuando la norma se refiere a disminuir la magnitud del daño, parte del aspecto cualitativo (entidad o medida del daño), y su extensión en el tiempo o prolongación. De esta manera, la tutela comprende todas las etapas y supuestos posibles en que se puede evitar el perjuicio, e incluye a los daños continuados”.<sup>25</sup> Y concluyen diciendo que

mientras que para el autor del perjuicio el deber de actuar en la prevención del daño es indudable, los terceros únicamente estarán obligados a ello si la posibilidad de evitar la producción del nocimiento -sin sufrir daños ni pérdidas- está en su esfera de actuación, pues en caso contrario el deber previsto en el art. 1710 CCyC no le incumbirá. Sin embargo, incurrirá en una infracción al deber contenido en dicha disposición si, pese a poder evitar el perjuicio, cuando podía hacerlo, omite realizar dicha conducta.<sup>26</sup>

Esto se debe correlacionar con el Artículo 1728 que establece que “En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija

<sup>23</sup> ALTERINI, A. A., “Bases para armar la Teoría General del Contrato en el Derecho moderno”, TdD, Enero - Diciembre 1996, Año XI, N°s 1-2, ps. 129-130.

<sup>24</sup> Comentarios a los arts. 1708 a 1756 elaborados por S. PICASSO y L. R. J. SÁENZ en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, G. Caramelo; S. Picasso; M. Herrera, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 411.

<sup>25</sup> PICASSO y SÁENZ, ob. cit., p. 411.

<sup>26</sup> PICASSO y SÁENZ, ob. cit., p. 412.

tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento”. Para los comentaristas “La distinción que realiza la norma se vincula con que, en el ámbito contractual, son las partes las que mejor determinan el nivel de riesgos que quieren aceptar, y el precio que están dispuestas a pagar por ello. Es por esa razón que la regla de la previsibilidad determinada por los contratantes al momento de celebrar el negocio es primordial, pues, en caso contrario —esto es, si el magistrado fijara los alcances del deber de resarcir— las partes reaccionarán fijando precios más altos en cobertura de sus seguridades”.<sup>27</sup>

Ahora bien, ¿qué aporta la cláusula hardship?

Ella permite —de acuerdo a Alterini— revisar el contrato cuando “sobrevienen circunstancias que afectan a su ecuación económica, esto es, cuando se trastorna la relación de valor entre las prestaciones que forman parte del contenido económico del contrato”.<sup>28</sup> Añadiendo que esta cláusula, si bien se aproxima a la teoría de la imprevisión, se diferencia de ella porque “como cláusula explícita proviene de la convención de las partes” y los criterios de aplicación resultan de lo pactado, siendo “en los hechos, generalmente, son más laxos que los que rigen en la teoría de la imprevisión”.<sup>29</sup> Esto queda claro en los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales,<sup>30</sup> cuyo Artículo 6.2.1 establece que

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).

Para luego en el Artículo 6.2.2 decir que

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.

Por último, en cuanto a los efectos señala el Artículo 6.2.3 que

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

<sup>27</sup> PICASSO y SÁENZ, ob. cit., p. 433.

<sup>28</sup> ALTERINI, ob. cit., p. 268.

<sup>29</sup> ALTERINI, ob. cit., ps. 268-269.

<sup>30</sup> PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES, disponible en <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-bl.pdf>



fecha y condiciones a ser fijadas; o (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

Para Alterini estos principios “asumen la idea correcta de que el Derecho le requiere al deudor que sea diligente, pero de ninguna manera le exige que se esfuerce para cumplir hasta la frontera de lo imposible”.<sup>31</sup>

Desde otro punto de vista, la relevancia de esta cláusula se comprende a partir de los informes de riesgos. A partir de ellos se puede examinar el entorno en el cual funcionan los sistemas legales. En este contexto, se destacan dos sistemas que inciden significativamente en los contratos -en mayor medida que en otros tiempos-: el económico y el político. Respecto del primero Hayek expuso que

Si estamos de acuerdo en que el problema económico de la sociedad se refiere principalmente a la pronta adaptación a los cambios según circunstancias particulares de tiempo y lugar, se podría inferir que las decisiones finales deben dejarse a quienes están familiarizados con estas circunstancias, a quienes conocen de primera mano los cambios pertinentes y los recursos disponibles de inmediato para satisfacerlos (...) Es preciso resolverlo por medio de alguna forma descentralizada. Pero esto soluciona sólo parte de nuestro problema. Necesitamos la descentralización porque sólo así podemos asegurar que el conocimiento de las circunstancias particulares de tiempo y lugar será prontamente utilizado.<sup>32</sup>

En cuanto al segundo aspecto queda claro, por ejemplo, en los informes de riesgos que tienen como objeto de análisis los denominados mercados de predicción o mercados de información, por medio de los cuales se negocian contratos cuyos beneficios están atados a un evento futuro como puede ser una elección política,<sup>33</sup> donde se necesita contar no sólo con sistemas de prevención particulares y estatales sino también con las personas técnicamente capaces de tomar decisiones finales porque, como observa Hayek, esto debe dejarse en manos de quienes están familiarizados con estas circunstancias y conocen de primera mano los cambios pertinentes y los recursos disponibles de inmediato para satisfacerlos.

Empero queda un tema por analizar: la prevención de riesgo de desastre.

Desde más de una década el World Economic Forum publica informes anuales de riesgos que los clasifica en: a) *riesgos globales económicos* (por ejemplo, las crisis fiscales y el peso de la regulación); b) los *riesgos globales geopolíticos* (entre los cuales cita al terrorismo internacional, el crimen transnacional y la corrupción); c) los *riesgos globales ambientales* (por caso, la pérdida de la biodiversidad y la escasez de agua), y los d) *riesgos globales sociales* (por ejemplo, las pandemias y las migraciones).<sup>34</sup> Y son globales porque tienen el potencial de afectar a no menos de tres regiones en el mundo o al menos dos continentes, aunque su origen sea local o regional, porque lo que importa es que su impacto

<sup>31</sup> ALTERINI, A.A., “Los principios sobre los contratos de UNIDROIT y las soluciones” en ALTERINI, A. A., “Estudios de Derecho Civil”, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 258.

<sup>32</sup> HAYEK, F.A., “El Uso del Conocimiento en la Sociedad”, EP, 1983, p. 163.

<sup>33</sup> WOLFERS, J.; ZITZEWITZ, E. “Prediction markets in theory and practice”, IZA Discussion Papers, No. 1991, Institute for the Study of Labor (IZA), Bonn, 2006, p. 1.

<sup>34</sup> WORLD ECONOMIC FORUM, <https://www.weforum.org/publications/series/annual-report/>

sea potencialmente global; además debe afectar a tres o más industrias; es incierto en cuanto a su manifestación y a la magnitud de su impacto dentro de un plazo de 10 años, y debe tener una capacidad de daño económico de US\$ 10 billones o más.

En este contexto resulta claro que los contratos de larga duración pueden ser afectados sin que las partes hayan podido prever todas las circunstancias. Por eso interesa acudir al principio del Derecho Romano de *impossibilium nulla est obligatio*, estima Muñoz,<sup>35</sup> porque la responsabilidad por el incumplimiento de una parte puede ser mitigada por un cambio extraordinario e imprevisible de las circunstancias que haga que la obligación contractual se convierta en gravosa. No obstante Muñoz advierte que no está claro si algunas de las medidas gubernamentales y particulares adoptadas para controlar el COVID-19 eximen a las partes de responsabilidad por incumplimiento. En cualquier caso, la cláusula hardship es útil considerando la ocurrencia frecuente de riesgos globales. Pues como concluye Alterini

Para realizar la necesaria reelaboración del sistema en los conflictivos tiempos actuales en que los economistas plantean a los juristas un diálogo particularmente tenso, y muchas veces reacios a la nacionalidad, deben ser enérgicamente rechazados los criterios de eficiencia y de maximización de la riqueza como únicos fundamentos de las soluciones jurídicas, pues en lo que aquí interesa, ‘el contrato, como instrumento para la satisfacción de las necesidades del hombre, debe conciliar la utilidad con la justicia, el provecho con el intercambio equilibrado’.<sup>36</sup>

## VI. Conclusión

De lo expuesto es posible estimar la utilidad de incluir una cláusula hardship en los contratos de larga duración y de repensar la teoría de la prevención a la luz de los informes de riesgos, ya que aquella se adecúa mejor a los contextos actuales en los cuales se negocian, celebran y se cumplen los contratos, sobre todo, considerando lo recomendado por la ICC Force Majeure and Hardship Clauses de marzo de 2020,<sup>37</sup> más previendo que los entornos se vuelven hostiles a la seguridad jurídica por diversas razones que ahora no se pueden citar por la brevedad de esta presentación.

---

<sup>35</sup> MUÑOZ, E., “Covid-19 and Related Public and Private Measures as an Impediment to Perform Contracts Governed by the CISG”, TILJ, Fall, 2021, p. 63.

<sup>36</sup> ALTERINI, ob. cit., p. 276.

<sup>37</sup> <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2020/03/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020.pdf>