

# La Teoría de la Imprevisión en la negociación de contratos celebrados durante la pandemia

Por Nahila Agostina Cortes

La disrupción de la pandemia generada por el COVID-19 generó una crisis sanitaria mundial, cambios de hábitos en los consumidores, surgimiento de nuevos modelos de negocios, crisis económicas, el ejercicio del poder de policía del Estado para controlar los efectos de la pandemia, cierre de aeropuertos, restricción al comercio y un cimbronazo en las relaciones contractuales.

Cuando comenzó la pandemia, los contratos en curso de ejecución se vieron afectados ya que las condiciones externas modificaron las bases originalmente pactadas. En el caso de los contratos regidos por el derecho argentino, se ha recurrido a los institutos del Código Civil y Comercial (“CCC”) ya sea para suspender el cumplimiento de los contratos (art. 1031 CCC), resolverlos por frustración de su finalidad (art. 1090 CCC), renegociar o resolverlos por aplicación de la teoría de la imprevisión (art. 1091 CCC), o bien eximir a las partes del cumplimiento y responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730 CCC).

La anormalidad continúa y se desconocen sus potenciales efectos. ¿Habrá una segunda o tercera ola pandemia? ¿Cuándo se recuperará los niveles de intercambio comercial existente previo a la pandemia?

Si bien existe incertidumbre sobre el futuro, es necesario encontrar un justo equilibrio para operar comercialmente en esta realidad. Por un lado, los contratantes deben prever riesgos analizando las consecuencias de ejecutar un contrato en pandemia pero, por otro lado, no es conveniente que los sobredimensionen porque esto aumentaría los costos pudiendo tornar a los contratos excesivamente onerosos.

El objetivo de este trabajo es analizar la virtualidad y efectos de la teoría de la imprevisión en los contratos celebrados durante la pandemia. En primer lugar, se analizará la teoría de la imprevisión en el Código Civil y Comercial Argentino y los requisitos de su procedencia. En segundo lugar, se analizará la figura del “Hardship” (excesiva onerosidad) en los principios de UNIDROIT y PECL con el fin de determinar qué elementos podrían exportarse a una cláusula negociada en derecho argentino. En tercer lugar, se analizará la funcionalidad de la teoría de la imprevisión en los contratos negociados en pandemia y recomendaciones para la redacción de cláusulas contractuales. Finalmente, en cuarto lugar, se tratarán las conclusiones de este trabajo.

## 1. Teoría de la Imprevisión en el Código Civil y Comercial Argentino [\[arriba\]](#)

### 1.1. Evolución de la Teoría de la Imprevisión

En el derecho argentino rige la regla que se consagra en el aforismo *pacta sunt servanda* que es la incondicionada fidelidad al contrato. Esta no es sólo una regla jurídica cardinal, sino moral que otorga mayor seguridad jurídica para las partes y para la sociedad en general[1].

El art. 959 del CCC establece que “todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por

acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”. Cuando las partes negocian, deben prever las circunstancias que podrían afectarlas. Por eso existe al momento de la negociación un marco de previsión y, por la misma razón, un marco de riesgo[2].

No obstante, la *pacta sunt servanda* no es una regla rígida. El derecho argentino también cuenta con herramientas que se activan cuando se afecta la base del negocio[3] y su fundamento radica en el principio de buena fe contractual, cooperación y lealtad comercial.

Por ello, se puede afirmar que hoy en día en el derecho argentino aplica la regla de la *pacta sunt servanda*, *rebus sic stantibus* que etimológicamente significa “el contrato debe cumplirse siempre que se mantengan las condiciones en las que se contrató.”

Revisemos brevemente la historia de la teoría de la imprevisión y la evolución en el derecho argentino.

Esta no es una figura nueva en la tradición jurídica de occidente. En el periodo intermedio se hablaba ampliamente de la extinción del vínculo por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, reducción *ad aequitatem* en los contratos excesivamente onerosos y la doctrina del justo precio. Luego, en el siglo XIX, se apartó de esta equidad y se volvió al principio estricto de la *pacta sunt servanda*. De hecho, en el Código de Napoleón no se la recepcionó.

En nuestro caso, el Código Civil de Vélez fue renuente a la lesión y tampoco adoptó la teoría de la imprevisión. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia fueron construyendo consensos y en la reforma de 1968 se receptó la excesiva onerosidad en el art. 1198 pero solamente como un modo para demandar la resolución del contrato[4].

Durante la vigencia del Código de Vélez, existieron posturas encontradas en torno a la posibilidad de que la parte perjudicada pueda demandar la mejora equitativa del contrato. La jurisprudencia estaba dividida. En varios fallos se consideraba que no se podía obtener una revisión judicial ya que solo se preveían la acción resolutoria[5] pero en otros, se consideraba que si bien la ley hablaba de resolución, no se negaba la readaptación del contrato ya que quien puede lo más, puede lo menos[6].

Con la reciente unificación del Código Civil y Comercial, se superaron los conflictos en cuanto al ámbito aplicación y efectos de la imprevisión con la nueva redacción del art. 1091 del CCC que dispone:

“Imprevisión. 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 alea propia”.

En relación con el ámbito de aplicación, el art. 1091 del CCC establece que aplica a “los contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente”. Sin embargo, para una acabada y lógica delimitación de su ámbito de aplicación, es necesario diseminar el art. 1091 y recurrir a otros apartados del CCC, quedando comprendidos en el ámbito aquellos contratos que son: (i) de duración o de ejecución diferida, (ii) contratos conmutativos y aleatorios y (iii) onerosos y gratuitos. Respecto de este último existen posiciones enfrentadas en cuanto a su aplicación y efectos[7].

### *1.2. Requisitos de procedencia*

El art. 1091 CCC establece que deben encontrarse ciertos elementos para que aplique la teoría de la imprevisión. Haremos una breve mención de los mismos para fijar cuáles son las reglas aplicables:

(i) Existencia de una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato

Debe acontecer un suceso que sale del normal curso y ordinario de las cosas, con notas de imprevisibilidad, extraneidad y sobreviniencia.[8] Consideramos que hay tres elementos que deben atenderse para calificar a la alteración extraordinaria.

En primer lugar, el hecho debe ser extraordinario e imprevisible. Según la Real Academia Española (RAE) aquello extraordinario es aquello “fuera del orden o regla natural o común.”[9] Cualquier elemento puede ser extraordinario en abstracto, por ejemplo la inflación, una guerra, el desabastecimiento, pero para que aplique la teoría de la imprevisión debe analizarse el caso concreto y el contexto existente. Nótese que la norma no contiene un catálogo de eventos, sino las características que deben revestir las circunstancias.

Por ejemplo, en un país con una economía estable, la inflación podría considerarse como un hecho imprevisible. No obstante, en Argentina varios fallos han establecido que la inflación histórica-estructural es un fenómeno previsible descartándose la aplicación de la teoría de la imprevisión[10].

Asimismo, si bien el artículo no califica a lo extraordinario, este debe entenderse que es “imprevisible.” Existen razones suficientes para considerar a la “imprevisibilidad” incorporada de forma implícita en el art. 1091 CCC. La mayoría de la doctrina y jurisprudencia argentina consideran que lo extraordinario es imprevisible[11]. Nótese lo siguiente: (i) el instituto lleva el nombre de “imprevisión”; (ii) si las partes lo previeron contractualmente, el hecho no era imprevisible; y (iii) lo extraordinario e imprevisible son dos caras de la misma moneda que llevan su nombre de acuerdo a la perspectiva de quien lo observa. Mientras lo “extraordinario” se predica desde el objeto en sí, lo “imprevisible” se predica desde el sujeto cognoscente[12].

En segundo lugar, el punto de partida del análisis de lo extraordinario e imprevisible es el momento de la celebración del contrato. La alteración ocurre en cierto intervalo (esto es, entre el momento de la celebración y cumplimiento del contrato) y para determinar la alteración se requiere hacer una comparación donde la importancia la tiene el contexto anterior a la celebración del contrato.

En tercer lugar, se debe utilizar un estándar objetivo de análisis para realizar la calificación. Dicho estándar surge del propio texto del art. 1091 CCC ya que menciona, “una alteración extraordinaria” sin referencia al sujeto contratante.

Este análisis se debe efectuar desde la óptica de sujeto cognoscente ideal (paterfamilias) para determinar la previsibilidad de la alteración, excepto que el contratante haya actuado en su área de especialización. La pregunta sobre el estándar es fundamental pues ¿desde la perspectiva de qué sujeto se debe determinar que el hecho fue extraordinario?

El artículo 961 CCC establece que “los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe (...) con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”. Asimismo, el art. 1725 CCC establece que

“(...) para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial determinada entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente (...)”.

En caso de existir un agente especializado, que actuó dentro de su área de especialización, se aplica un criterio más estricto de valoración[13].

(ii) La prestación a cargo de una de las partes se debe tornar excesivamente onerosa debido a la alteración extraordinaria

Se debe provocar una alteración que provoque una excesiva onerosidad de la prestación a cargo de una de las partes. Debe existir un “notable desequilibrio”[14] provocado y configurado por la (i) alteración extraordinaria y (ii) sobreviniente.

(iii) La causa debe ser ajena a las partes

Las partes deben ser ajenas a la alteración provocada. A diferencia del art. 1198 del Código de Vélez que expresamente establecía que “no procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora” el CCC actual establece que la alteración extraordinaria sobrevenga por “causas ajenas a las partes”.

Alterini sostiene que dicha expresión abarca el concepto de culpa y por ello no es causa ajena a las partes si quien obró lo hizo con culpa o se hallaba en mora. La culpa no solo obsta al carácter de “ajenidad” sino que pone en la cabeza del agente productor las consecuencias del caso fortuito y responde en los términos del art. 1733 inc. (d). Asimismo, la mora también lo hace responsable del caso fortuito a no ser que esa mora sea indiferente para la producción del daño (cfr. art. 1733 inc. c del Código Civil y Comercial)[15].

(iv) La parte perjudicada no debe haber asumido el riesgo que finalmente se concretó

El artículo exige que el riesgo no se haya previsto o podido prever y por lo tanto que las partes contratantes no haya asumido el riesgo. Si el contratante asumió el riesgo, ya sea de manera directa (expresa) en el contrato o bien indirecta (implícita), la teoría da imprevisión no aplica.

En este último caso, si bien la parte no asumió el riesgo directamente, se interpreta que lo hizo cuando surge de (i) la naturaleza del contrato y la asunción de riesgo natural al mismo, (ii) si existen otras circunstancias no centrales en el contrato pero conexas que hicieron a las partes prever la posibilidad de un cambio o (iii) una derivación de la ley[16]. Respecto de los contratos aleatorios, la imprevisión también aplicará cuando el acontecimiento que provoca la excesiva onerosidad deriva de una causa extraña al alea del contrato.

(v) El contratante perjudicado debe optar por aplicar el art. 1091 CCC

La teoría de la imprevisión no aplica de forma automática. El CCC establece que la parte afectada “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.” De este modo, mientras que la parte afectada debe requerir su aplicación y decidir qué alternativa escogerá, el contratante no afectado no estará legitimado para invocar su aplicación.

Concentrémonos en la alternativa de la adecuación del contrato que es lo interesa a los fines de este trabajo. La adecuación del contrato tiene por fin proteger a la parte perjudicada de la alteración extraordinaria e imprevisible, pero de ningún modo tiene por fin dejar a dicha parte en una mejor posición respecto de la que asumió originalmente.

Por ello la adecuación del contrato debe realizarse teniendo en cuenta estos parámetros: (i) en los contratos onerosos o gratuitos la adecuación es con miras a restablecer el equilibrio inicial existente (i.e. no es con miras a equilibrar objetivamente la prestación y contraprestación) y (ii) sólo se restablece “hasta” la excesiva onerosidad (i.e. se libera a la parte perjudicada de los perjuicios causados por lo excesivamente oneroso, pero no se la libera por la simple onerosidad). Este análisis requiere valoración y conforme lo establece el art. 1091 CCC, el juez es quien deberá realizar este análisis y fijar un corte.

## **2. La regulación del Hardship en los Principios de UNIDROIT y PECL [\[arriba\]](#)**

La cláusula rebus sic stantibus ha sido codificada en varias legislaciones bajo distintos institutos[17] y también en instrumentos internacionales. En esta sección haremos una mención a la regulación de los Principios de UNIDROIT y los Principios de Derecho Contractual Europeo (“PECL” por sus siglas en inglés) para revisar los elementos de procedencia y sus efectos para eventualmente exportar elementos que resulten útiles a una cláusula negociada bajo derecho argentino.

### **2.1. Los Principios de UNIDROIT**

Los principios de UNIDROIT sobre los contratos internacionales son un instrumento internacional de soft law que no son obligatorios o vinculantes para los Estados Partes. Se crearon con el objeto de modernizar y armonizar el comercio internacional con el fin de brindar a los agentes soluciones adecuadas para el comercio internacional.

En estos principios se consagra la regla de la pacta sunt servanda. Las partes deben cumplir con sus obligaciones aunque suponga una carga mayor a la vislumbrada en

el momento de celebrarse el contrato, tal como se indicó en los laudos 7365 de 1997, 1512 (YCA 1976) y 8486 de 1999 de la Cámara de Comercio Internacional[18].

Como la regla anterior no es rígida, los principios codificaron figura del Hardship (excesiva onerosidad sobreviniente) para situaciones verdaderamente excepcionales. El art. 6.2.2[19] define al concepto y en el art. 6.2.3[20] se regula los efectos otorgándole a la parte afectada la posibilidad de requerir la extinción o readecuación del contrato.

Los requisitos de procedencia para invocar Hardship son similares a los previstos en el CCC. Solo procede en situaciones muy excepcionales y para invocar la cláusula debe existir una alteración fundamental en la equivalencia de las prestaciones iniciales u originales. En otras palabras, debe existir una “variación ostensible y grave de las circunstancias existentes al momento de su perfeccionamiento”[21]. La base de la alteración debe analizarse desde un criterio netamente objetivo, ya sea 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[22].

En cuanto al momento de análisis, la equivalencia de las prestaciones debe analizarse al momento inicial u original y el juez o árbitro deberán evaluar la alteración teniendo en cuenta la capacidad de previsión de unos de los contratantes de aptitud mediana[23].

Asimismo, para invocar Hardship, los principios de UNIDROT requieren que existan cuatro elementos de forma concurrente: (a) hecho sobreviniente (“dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato”); (b) imprevisibilidad (“ los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato”); (c) inimputabilidad (“los eventos escapan al control de la parte en desventaja”); y (d) no asunción del riesgo (“el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”).

En cuanto a los efectos, los principios establecen que la parte afectada puede reclamar la renegociación del contrato. A diferencia del CCC, expresamente menciona que debe hacerlo sin demora injustificada, el requerimiento no autoriza a la suspensión del contrato y si no se llega a un acuerdo en un tiempo prudencial, cualquier de las partes puede acudir a un tribunal (incluye cortes judiciales y tribunales arbitrales)[24].

## *2.2. Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL)*

Finalmente, hacemos un breve comentario sobre los PECL. Estos principios fueron elaborados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, presidida por el Profesor Ole Lando. El set de principios presenta similitudes con UNIDROIT y regula Hardship en el art. 6:111.[25]

Si bien la procedencia del instituto es similar al art. 6.2.2 UNIDROIT, hay algunas modificaciones en la regulación de sus efectos. En PECL se establece que frente a un cambio de circunstancias (i) las partes están obligadas a negociar para readecuar el contrato o terminarlo, (ii) si las partes no llegan a un acuerdo en un tiempo razonable, la corte podrá terminar el contrato o adaptarlo y (iii) en cualquier caso,

la corte podrá regular daños por los gastos ocasionados por la parte que se rehusó a negociar o rompió la negociación contra la buena fe y trato justo.

De ambos principios, se podrían tomar algunos elementos para exportar a una cláusula negociada como ser (i) la obligatoriedad de las partes de negociar la readecuación, (ii) la continuación del contrato durante la negociación, (iii) un plazo razonable para negociar y (iv) recurrir a un tribunal arbitral.

### **3. Excesiva onerosidad sobreviniente en los contratos negociados durante la pandemia [\[arriba\]](#)**

Para abordar esta cuestión proponemos analizar un caso hipotético. Dos personas humanas, comerciantes de experiencia en el rubro textil celebran un contrato de distribución de prendas deportivas fabricados en Argentina para ser distribuidos en Brasil. Una parte es argentina, la otra parte es brasilera, el derecho aplicable es el argentino, el contrato tiene una duración de cinco años y es celebrado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en junio del año 2020.

En el hipotético caso que exista una segunda o tercera ola de contagios provocados por la pandemia del COVID-19 en ambos países y se recrudezcan las medidas en torno a la restricción de vuelos comerciales o circulación de camiones en rutas internacionales, se decrete el aislamiento obligatorio en ambos países, exista una reducción de personal habilitado a trabajar e incremento de costos de la materia prima que tornen excesivamente oneroso el cumplimiento del contrato, ¿estará legitimada la parte perjudicada para recurrir al art. 1091 CCC para readecuar los términos del contrato? ¿es preferible que las partes asignen milimétricamente los riesgos y fijen una fórmula matemática que provoque una renegociación obligatoria del contrato extrajudicial o recurran a un juez o árbitro para su readecuación o potencial rescisión?

De modo preliminar, adelantamos que por más que la pandemia haya existido y se pueda prever una próxima crisis sanitaria, la aplicación de la teoría de la imprevisión no se anula de forma automática para paliar una alteración extraordinaria que torne excesivamente onerosa la prestación.

Cada caso requerirá de un análisis en concreto, considerando todas las circunstancias, aunque en abstracto parezca ser previsible u ordinario. Analizaremos tres escenarios posibles.

#### **3.1. Potenciales escenarios**

i) Las partes negocian el contrato sin considerar los efectos de la pandemia. No prevén cláusulas “pandemia”, no asignan riesgos por potenciales efectos de la pandemia y no prevén una cláusula de renegociación ante determinadas situaciones.

En este caso, las partes negociaron un contrato durante la pandemia, pero sin hacer referencia a posibles escenarios frente a un rebrote. Acontecido el hecho extraordinario y habiéndose configurado una excesiva onerosidad, se aplica la regla “el riesgo está o queda donde cae.”[26] Para que aplique la teoría de la imprevisión, deberán existir los requisitos de procedencia determinados en el art. 1091. La dificultad se presentará en analizar y determinar si estos elementos se encuentran presentes.

En primer lugar, el escenario de base para analizar (i.e. las circunstancias existentes al momento de la celebración) es más exigente pues en un contexto post-pandemia. Lo ordinario (y no cubierto por la imprevisión) serán los eventos que en momento de normalidad (pre pandemia) eran extraordinarios. Haciendo una analogía con los contratos celebrados durante la época de la hiperinflación en Argentina, el aumento de precios era previsible. Lo mismo acontece con los contratos celebrados durante una época de guerra donde el desabastecimiento es previsible.

En segundo lugar, los hechos imprevisibles serán más reducidos. Consideramos que lo previsible son las consecuencias inmediatas y mediatas previsible al momento de la celebración del contrato (cfr. 1726 y 1728 CCC)[27]. Sólo podrán considerarse imprevisibles, aquellas consecuencias mediantes no previsible durante la pandemia por un sujeto de conocimiento medio.

En tercer lugar, el estándar para determinar qué es lo previsible es la de un hombre medio, siempre que no haya actuado dentro de su ámbito de especialización donde el deber de diligencia es mayor (cfr. 1725 CCC).

En el caso, un hombre de conocimiento medio podría prever que, en una futura crisis sanitaria, se restablezcan las medidas de gobierno adoptadas al inicio de la pandemia (consecuencias inmediatas) o la suspensión de entregas en plazo de materia prima (consecuencia mediata previsible). Sin embargo, no podría prever, excepto que haya tenido un conocimiento privilegiado, la ruptura de relaciones comerciales entre Argentina y Brasil por no adoptar los mismos protocolos sanitarios o el aumento excesivo del precio del algodón (consecuencia sin adecuado nexo causal). Como se demuestra, es evidente el ámbito de aplicación del 1091 se torna más reducido porque lo imprevisible durante la pandemia serán menos hechos que lo imprevisible en un contexto pre pandemia. Asimismo, entendemos que podrían existir áreas grises y controvertidas que podría dar lugar a desencuentros entre las partes.

(ii) Las partes negocian el contrato previendo cláusulas “pandemia” y asignando riesgos por potenciales efectos de la misma.

En este caso, al existir riesgos asumidos, el ámbito del 1091 del CCC se reducirá pues dependiendo del riesgo asumido de forma directa en el contrato, las partes no podrán recurrir a la aplicación de la teoría de la imprevisión en dichos supuestos.

Sólo podrán recurrir a ella si (i) la alteración fue provocada por un hecho sin nexo causal adecuado para configurar la “alteración extraordinaria” y (ii) el riesgo asumido de forma directa nada tenía que ver con dicha alteración.

(iii) Las partes negocian el contrato no previendo cláusulas “pandemia” pero contratan seguros por efectos de la pandemia, negocian diferimientos de pagos o métodos alternativos de cumplimiento de los contratos.

En este caso, las partes asumen un riesgo de forma indirecta relacionado con la pandemia. Si las partes previeron la contratación de un seguro que cubriría potenciales riesgos, las partes asumieron indirectamente dichos riesgos y, por lo tanto, los pudieron prever.

Por ello, la parte afectada sólo podrá recurrir a la teoría de la imprevisión si (i) la alteración fue provocada por un hecho sin nexo causal adecuado para configurar la

“alteración extraordinaria” y (ii) el riesgo asumido de forma indirecta nada tenía que ver con dicha alteración.

### *3.2. Comentarios sobre los potenciales escenarios y la negociación de una cláusula de excesiva onerosidad*

Si bien cada caso requerirá de un análisis en concreto, preliminarmente consideramos que por más que la teoría de la imprevisión continúe siendo aplicable ante una alteración extraordinaria de las bases del contrato, se aplicaría a un catálogo más reducido de eventos.

Es esperable que las partes lógicamente deseen prever cláusulas “pandemia” o asuman riesgos directa o indirectamente. Asimismo, es probable que la determinación de la invocación de la cláusula y el requerimiento de renegociación genere desencuentros entre las partes que podrían derivarse en negociaciones extrajudiciales prolongadas, suspensiones de ejecuciones contractuales, o disputas ante un juez o árbitro.

Por ello, consideramos que, ante estas situaciones, es preferible la inclusión de una cláusula en el contrato que regule la procedencia y efectos de excesiva onerosidad sobreviniente para que el contrato continúe previa adaptación a las nuevas circunstancias económicas, técnicas o comerciales. Una previsión de esta índole otorgará mayor seguridad a las partes, podrá ampliar el espectro de situaciones calificadas como una alteración extraordinaria que provoquen la excesiva onerosidad independientemente de los riesgos asumidos y establecer con claridad los efectos de la renegociación[28].

Existe una amplia variedad de cláusulas de imprevisión que las partes pueden negociar, pero básicamente debe tener dos partes. La primera parte, debe definir la procedencia de su aplicación y la segunda, los efectos.

En cuanto a la primera parte (procedencia), las partes podrían (i) determinar con una fórmula genérica o (ii) enunciar ciertos hechos puntuales que permitan la renegociación o resolución del contrato (por ejemplo, dar relevancia a nuevos costos fiscales, restricciones derivadas de políticas ambientales, variaciones en la tasa de cambio).

En cuanto a la segunda parte (efectos), las partes podrían tomar elementos de los principios de UNIDROIT y PECL. Por ejemplo, determinar la obligatoriedad para las partes de (i) abrir un periodo de negociación en cierto plazo, (ii) en caso de fracaso de la negociación recurrir a un tribunal arbitral, (iii) la no suspensión de la ejecución del contrato durante la negociación y (iv) fijar una cláusula penal en caso que una de las partes se niegue a renegociar o rompa las tratativas de mala fe.

La ICC ha elaborado cláusulas estándar de Hardship para aumentar la seguridad de las partes independientemente de la ley aplicable al contrato[29]. Asimismo, CNUDMI cuenta con una guía para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales[30]. En su capítulo XXII, la guía se refiere a “cláusulas de gravosidad” y aconseja a incluir una cláusula de este tipo, incluyendo en ella una lista de eventos generales o individuales para que se pueda invocar la cláusula, adoptar una definición restrictiva de gravosidad y proveer el procedimiento para facilitar la renegociación.

Finalmente, destacamos que en caso que las partes decidan incluir una cláusula de este tipo, debe ser específicamente negociada. De aplicar ley argentina, el juez o un árbitro deberá analizar la cláusula de acuerdo a la intención de las partes y al principio de buena fe (art. 1061 CCC) y de existir una interpretación restrictiva, deberá estarse a la literalidad de los términos (art. 1062 CCC). Asimismo, sobre la pregunta de si la cláusula pactada podría considerarse como una renuncia anticipada a la aplicación del art. 1091 CCC, el CCC no otorga una respuesta específica y los jueces o árbitros deberán estarse a la regulación sobre contratos paritarios, por adhesión y de consumo[31].

#### 4. Conclusiones [\[arriba\]](#)

(i) En el derecho argentino, la teoría de la imprevisión permite la readecuación o la resolución parcial o total del contrato, siempre que se encuentren los requisitos para su procedencia: (i) existencia de una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración; (ii) la prestación a cargo de una de las partes se debe tornar excesivamente onerosa debido a la alteración extraordinaria; (iii) la causa de la alteración extraordinaria debe ser ajena a las partes; (iv) la parte perjudicada no debe haber asumido el riesgo que finalmente se concretó y (v) el contratante perjudicado debe optar por aplicar el art. 1091 CCC.

(ii) Para determinar la aplicación del 1091 CCC, se debe realizar un análisis concreto de cada caso analizando las circunstancias específicas del caso particular.

(iii) En los contratos negociados durante la pandemia, la teoría de la imprevisión podrá aplicarse ante un evento sobreviniente extraordinario e imprevisible al momento de la celebración que alteró las bases negociales. No obstante, entendemos que su ámbito de aplicación, en principio, será más reducido atento a que las circunstancias existentes al momento de la celebración tornan al análisis más exigente y reducen los hechos comprendidos en la imprevisión.

(iv) Es posible que frente a una alteración extraordinaria que torne excesivamente onerosa la ejecución del contrato, se controviertan la existencia de todos los requisitos de procedencia y los efectos de la cláusula.

(v) Si bien la teoría de la imprevisión tiene aplicación, las partes podrán obtener más seguridad si negocian una cláusula determinando los supuestos de procedencia de su invocación y efectos.

(vi) En la negociación de la cláusula, las partes podrán exportar a elementos de los Principios de UNIDROIT y PECL y también utilizar cláusulas modelos de ICC y Guías de CNUDMI sobre cláusulas gravosas.

#### Notas [\[arriba\]](#)

[1] Cfr. Sanchez Herrero, “Tratado de Derecho Civil y Comercial”, Tomo IV, Contratos Parte General, Thomas Reuters La Ley, 2016, 710.

[2] Cfr. López Mesa, Marcelo, “Derecho y distorsiones macroeconómicas (La utilización de la cláusula rebus sic stantibus por la jurisprudencia argentina y

española)”, La Ley, cita online 0003/000516.

[3] Según Oertman la “base del negocio” es “la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial.” (K. Larenz, “Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos”, (trad. de Carlos Fernández Rodríguez), Granada, 2002, 18; J).

[4] Cfr. Lorenzetti Luis Ricardo, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo VI, Rubinzal Culzoni Editores, 2015, 221.

[5] C. Nac. Com., sala C, 2/4/1985 - Pirillo, Víctor v. Bernasconi, Edmundo F. y otros), LL 1985-C-358; C. Nac. Com., sala B, 19/2/1987 - Mancho de Suárez, Bidondo y otros v. Ozor, Carlos y otros), LL 1987-B-481; C. Nac. Com., sala C, 2/4/1985 - Pirillo, Víctor v. Bernasconi, Edmundo F. y otros). LL 1985-C-358; C. Nac. Esp. Civ. y Com., sala 1a., 7/10/1983 - Coin, Elena B. v. Mariani, Ismael A.). ED 107-211; C. Nac. Com., sala E, 29/3/1989 - Cuello, Ezequiel T. v. Exinia Industrias Clark S.A.). JA 1989-III-237; C. Nac. Com., sala E, 10/5/1989 - Mediterránea S.A. v. Banco Exterior S.A.). JA 1989-III-656.

[6] Ver C. Nac. Civ., sala D, 30/4/1984 - Boering S.A. v. Rhoder's S.A.). JA 1984-III-745; C. Nac. Fed., sala Civ. y Com., sala 2a., 30/9/1979 - López Salgado, Maximiliano y otra v. Gobierno Nacional). ED 90-843; C. Nac. Civ. y Com., sala 2a., 18/2/1983 - Entel v. Baggini de Carrara, Valentina; C. Nac. Cont.-Adm. Fed., 4/11/1980 - Compañía Inmobiliaria Platense S.A. v. Entel; C. Nac. Civ., sala A, 11/8/1978 - Carozza de García, Ada F. y otro v. Edificio Caballito y otro). LL 1978-D-145; C. Nac. Com., sala C, 26/3/1980 - Tietje, Rolf v. Gauna, Elías y otros). LL Rep. XL-487, sum. 176; C. Nac. Civ. y Com. Federal, sala 2a., 17/2/1984 - Casa Aries y otro v. Obras Sanitarias de la Nación). JA 1985-II-603.

[7] Parte de la doctrina sostienen que sólo aplica a los contratos onerosos porque (i) los contratos conmutativos y aleatorios son dos categorías de los contratos onerosos (art. 968 CCC), (ii) la ruptura del equilibrio por la excesiva onerosidad sobreviniente sólo puede tener lugar en un contrato oneroso y (iii) la fuente indirecta del art. 1198 del Código Civil es el Código Civil Italiano (art. 1467 a 1460) que expresamente preveía en el art. 1468 la aplicación a los contratos gratuitos, no obstante el legislador argentino se apartó. En cambio, Alterini y Sanchez Herrero sostienen que la teoría de la imprevisión es aplicable a los contratos gratuitos. Alterini sostiene que “a diferencia del Código derogado el vigente no exige que el contrato sea oneroso, de modo que ante esa omisión queda habilitada la aplicación del instituto también a los contratos gratuitos” (Alterini, Jorge H. “Código civil y Comercial: Tratado exegético-3ª-Tomo V (ver el comentario al art. 1091 CCC disponible) en <https://provi.ew.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2019/42653318/v1/document/7D0C9761-EE2E-6212-00EE-08B205C11BE3/anchor/631F6BA9-6B95-5834-1DBE-46741CE34FB3>). Por su parte, Sanchez Herrero manifiesta que, si bien el contrato gratuito no es un tipo comprendido en el núcleo de la aplicación del art. 1091 CCC, están incluidos en su periferia. En estos casos la teoría de la imprevisión se debe aplicar con adaptaciones donde el único desenlace posible es la adecuación del contrato (cfr. Sanchez Herrero, “Los contratos gratuitos frente al régimen de la imprevisión contractual”, publicado en La Ley Online, cita online AR/DOC/1303/2019 y cfr. Carnaghi, Maria Cristina, “Aplicación de la imprevisibilidad a los contratos gratuitos. La protección del benefactor” publicado en la Ley Online, cita online AR/DOC/11061/2003).

[8] Cfr Lorenzetti op cit, 224.

[9] <https://dle.rae.es/extraordinario?m=for m>.

[10] Grasso Manuel, “Imprevisibilidad, contrato e imprevisión en el nuevo código

civil y comercial argentino”, revista de Derecho Privado, Núm. 36, 2019. C. Nac. Apel. Esp en lo Civ. Y Com., Sala 6.a, del 1 de febrero de 1974, Jurisprudencia Argentina, t.22 (abril-junio 1974), 335-337 y Cám. Civ. de la Capital Federal, Sala F, del 31 de noviembre de 1971, Jurisprudencia Argentina, t. xv, 1972, 171 “cuando en una época de inflación se celebra un contrato de una duración prolongada, las partes pueden y deben prever las repercusiones que sobre sus obligaciones tendrá la inflación y, por consiguiente, aunque el cumplimiento devenga excesivamente oneroso, no pueden invocar la teoría de la imprevisión para desligarse de sus obligaciones”.

[11] “Aunque el actual art. 1091 del Código Civil y Comercial no contenga expresamente el requisito de la imprevisibilidad, corresponde entender que es un requisito necesario a los efectos de la aplicación de la normativa citada, puesto que, en caso contrario, integraría el riesgo asumido por la parte afectada al contratar.” Ver CNCom., sala D, 10/11/2015, “BWA S.A. c. Autopistas del Sol S.A. s/ordinario”, registro n° 94.045/2002; “Autopistas del Sol S.A. c. BWA S.A. s/ordinario”, registro n° 9518/2001 y “Autopistas del Sol S.A. c. Chubb de Fianzas y Garantías S.A. s/ordinario”, registro n° 61.286/2001, La Ley Online, cita online AR/JUR/55363/2015.

[12] Ver Sanchez Herrero, op. cit, 735. Asimismo, Mosset Iturraspe indicaba “un hecho será extraordinario cuando se aparte del curso natural y normal de las cosas, cuando no acostumbra a suceder” mientras que “un hecho será imprevisible cuando las partes no lo han podido prever, aun empleando la debida diligencia” (Mosset Iturraspe, Contratos, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997, 375).

[13] Alterini sostiene que “[p]ara juzgar la previsibilidad debe atenderse al mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las circunstancias (...) A ello se refiere un reciente pronunciamiento que decidió “El carácter imprevisible del acontecimiento exigido por el art. 1198 del Código Civil que vuelve excesivamente onerosa la prestación tiene relación directa con las posibilidades concretas para prever las que tiene o que son exigibles al sujeto afectado cuando se trata de una persona especializada y actúa en el área de su especialidad –en el caso, una empresa de publicidad respecto de actos de vandalismo en refugios para pasajeros situados en una autopista– (art. 902, Código Civil; art. 1725, primer párrafo, Código Civil y Comercial)” (Alterini, Jorge H. “Codigo Civil y Comercial: Tratado exegético” 3 edición, Tomo V (en comentario al art. 1091 CCC) disponible en <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2019/42653318/v1/document/7D0C9761-EE2E-6212-00EE-08B205C11BE3/anchor/631F6BA9-6B95-5834-1DBE-46741CE34FB3>; Jurisprudencia citada: CN. Com., sala D, 10/11/2015, “BWA S.A. c. Autopistas del Sol S.A. s/ordinario”, registro n° 94.045/2002; “Autopistas del Sol S.A. c. BWA S.A. s/ordinario”, registro n° 9518/2001 y “Autopistas del Sol S.A. c. Chubb de Fianzas y Garantías S.A. s/ordinario”, registro n° 61.286/2001, La Ley Online, cita online AR/JUR/55363/2015).

[14] Lorenzetti, op. cit, 224.

[15] Cfr Alterini, op.cit.

[16] Sanchez Herrero, A, “La asunción del riesgo en el régimen de la imprevisión”, La Ley Online, cita online AR/DOC/1302/2019.

[17] Ver Código Civil Peruano (art. 1440 a 1446), el Código Civil Paraguayo (art. 672), Código Italiano (art. 1467).

[18] Gutierrez de Larrauri, Natalia, “La alteración fundamental del equilibrio contractual: base conceptual de la figura del hardship en los principios de Unidroit sobre contratos internacionales”, revista de Derecho Privado No. 44, Julio-Diciembre de 2010, disponible en [https://derechoprivado.uniaandes.edu.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=72:la-alteracion-fundamental-del-equilibrio-contratual-base-conceptual-de-la-figura-del-hardship-en-los-](https://derechoprivado.uniaandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=72:la-alteracion-fundamental-del-equilibrio-contratual-base-conceptual-de-la-figura-del-hardship-en-los-)

principios-de-unidroit -sobre-contratos-comerciales-internacional es&catid=6 :44&Itemid= 35&lang=en.

[19] Art. 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.

[20] Art. 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.

[21] Gutierrez de Larrauri citando a Doudko, Alexei. *Hardship in Contract: The Approach of the Unidroit Principles and Legal Developments in Russia*. En: *Uniform Law Review*. NS, Vol. V. 2000-3 (2000), 493.

[22] Pino, Au-gusto, “La Excesiva Onerosidad de la Prestación”, Barcelona: J.M. Bosch, 1959, 24.

[23] Cfr. Gutierrez de Larrauri, Natalia, op.cit. citando a citado por Oviedo Albán, “La excesiva onerosidad sobreviniente (“Hardship”) en los Principios de Unidroit para los Contratos Comerciales Internacionales”, Zapata de Arbeláez, Adriana., et ál. *Derecho Internacional de los Negocios: Alcances*, 2V, Universidad Externado de Colombia, 2003, 267.

[24] En los principios, cuando los artículos refieren a “corte”, también incluye tribunales arbitrales y en los comentarios al preámbulo se hace énfasis en la preferencia de tribunales arbitrales para la resolución de controversias (cfr Art. 1.11 y comentarios de los Principios de UNIDROIT (versión 2016) disponible en <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>).

[25] Ver *Principles of European Contract Law 2002 (Parts I, II, and III)* disponible en <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/portrait.pdf>.

[26] Sanchez Herrero, A, “La asunción del riesgo en el régimen de la imprevisión”, *La Ley Online*, cita online AR/DOC/1302/2019.

[27] Art. 1726. Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles. Art. 1727. Tipos de consecuencias. Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código “consecuencias inmediatas”. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman “consecuencias mediatas”. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias casuales”. Art. 1728. Previsibilidad contractual. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o

podieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento.

[28] Cfr. Simone Carmen Amalia, “El hardship en la contratación comercial internacional” revista de derecho No. 5 UASB-Ecuador/CEN, Quito, 2006, disponible en <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1714/1/RF-05-TC-Simone.pdf>.

[29] ICC Force Majeure and Hardship Clauses disponible en <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/>.

[30] Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales Preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/lgconstr-s.pdf>.

[31] Cfr. Lorenzetti, op. cit, 225.