

La crisis económica mundial y los contratos internacionales

The global economics crisis and the international contracts

DÁRIO MOURA VICENTE

Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa

SUMARIO: I. LA CRISIS ECONÓMICA MUNDIAL Y SU IMPACTO SOBRE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES: UN CASO RECIENTE. II. LA SUSCEPTIBILIDAD DE LA MODIFICACIÓN O RESOLUCIÓN DE CONTRATOS POR CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS ROMANO-GERMÁNICOS. III. EL PROBLEMA EN LOS SISTEMAS DE *COMMON LAW*. IV. ORIGEN DE LA DIVERSIDAD DE LAS SOLUCIONES NACIONALES RESPECTO A ESTA MATERIA. V. LAS CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES Y SUS LÍMITES. VI. LAS CLÁUSULAS DE *HARDSHIP*. VII. LA RELEVANCIA DEL ARBITRAJE. VIII. LA DESIGNACIÓN DE LOS *PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES*. IX. EL PAPEL DE LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL. X. CONCLUSIÓN.

Resumen: La crisis económica mundial acaecida en la última década afectó de forma muy relevante al sector de los contratos internacionales. En este estudio se analiza el fenómeno a la luz de un litigio recientemente decidido por tribunales ingleses, que enfrentó a un grupo de empresas de transportes portugués frente a un banco con sede en España. A este respecto, se indaga, desde un punto de vista comparado, la susceptibilidad

de modificación o resolución de contratos por cambio de circunstancias en los sistemas jurídicos romano-germánicos y en los de *Common Law*, tras lo que se intenta determinar las raíces de la actual diversidad de las soluciones nacionales respecto a esta materia. Se examinan a continuación algunos de los instrumentos jurídicos que permiten a las partes mitigar la inseguridad resultante de las diferencias entre las leyes nacionales en relación a esta cuestión: las cláusulas de elección de la ley aplicable, las cláusulas de *hardship*, los convenios de arbitraje que confieren a los árbitros el poder de adaptación de contratos y la designación de reglas o principios comunes a distintos sistemas jurídicos, con especial mención para los *Principios de UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales*. Por último, se debate la cuestión de saber si y en qué medida pueden los interesados invocar la excepción de *orden público internacional* a fin de impedir la aplicación de leyes extranjeras o el reconocimiento de sentencias extranjeras en esta materia.

Abstract: The worldwide economic crisis occurred in the last decade has severely affected international contracts. This phenomenon is analysed in this paper in light of a dispute recently decided by English courts, which opposed a group of Portuguese transport companies and a bank seated in Spain. In this respect, the admissibility of an adaptation or termination of contracts based on changed circumstances is enquired from a comparative point of view in civil law and common law systems, after which an attempt is made to determine the roots of the current diversity of national legal systems in this respect. Subsequently, some of the legal instruments that allow parties to mitigate the insecurity arising from differences between national laws on this issue are examined: choice of law clauses, *hardship* clauses, arbitration agreements allowing arbitrators to adapt contracts and the choice of rules or principles common to different legal systems, in particular the *UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts*. Finally, the issue is debated of whether and to what extent may parties invoke the public policy exception to prevent the application of foreign laws or the recognition of foreign judgements on these matters.

Palabras clave: crisis económica, contratos internacionales.

Keywords: economic crisis, international contracts.

I. LA CRISIS ECONÓMICA MUNDIAL Y SU IMPACTO SOBRE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES: UN CASO RECIENTE

Es un hecho bien conocido que la crisis económica mundial desencadenada en 2007 en los Estados Unidos de América¹, y aún no totalmente superada, afectó de forma severa a los contratos internacionales. Un caso reciente permite ilustrar este fenómeno e identificar algunos de los problemas fundamentales suscitados por el mismo².

Un grupo de empresas públicas de transporte con sede en Portugal y con un alto grado de endeudamiento, celebró con un banco integrado en un grupo financiero internacional un conjunto de contratos de *swap* de tasas de interés. A través de esos contratos las partes intercambiaron entre sí los importes representativos de intereses devengados de acuerdo con las tasas *Libor* y *Euribor*, sobre un capital de referencia especificado en los contratos, por los importes correspondientes a la aplicación al mismo capital de una tasa de interés fija. Las empresas portuguesas intentaron de esta forma salvaguardarse contra una posible subida de las tasas de interés. Sin embargo, siempre que éstas bajasen de la barrera inferior o subiesen por encima de la barrera superior especificada en los contratos, sería adicionado un *spread* por el valor de los pagos debidos al banco, a determinar en los talones relativos a esos pagos. Por otra parte, a cada pago debido por las empresas de transportes sería adicionado el *spread* pagado en los términos del talón relativo al pago anterior. En caso de superación de las mencionadas barreras, los valores debidos por las empresas de transportes eran, así, susceptibles de aumentar de forma ilimitada y exponencial, razón por la cual los instrumentos financieros en cuestión se designaron de «*swaps* bola de nieve» («*snowball swaps*»). Los contratos atribuían competencia para dirimir los litigios de ellos resultantes a los tribunales ingleses y estipulaban la aplicabilidad de la ley inglesa.

Como consecuencia de la crisis, las tasas *Libor* y *Euribor* bajaron acentuadamente a partir de 2008 y se aproximaron del cero. Correspondientemente, los valores debidos por las empresas de transportes con arreglo a los contratos aumentaron de forma continuada, alcanzando sus obligaciones de pago alcanzado, en 2015, valores que ascendieron a un

1. Sobre cuyas causas y efectos puede verse *The Financial Crisis Inquiry Report. Final Report of the National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States*, Washington, D.C., 2011.
2. Cf. *Banco Santander Totta S.A. v. Companhia Carris de Ferro de Lisboa S.A. and Others*, [2016] EWHC 465 (Comm.); [2016] EWCA Civ. 1267 (decisiones disponibles en <http://www.bailii.org>).

70% de los importes nacionales correspondientes. El valor de mercado de los *swaps* se degradó también progresivamente para las empresas, volviéndose negativo para éstas en más de 1,3 mil millones de euros. Debido a que se consideraron perjudicadas en virtud del mantenimiento inalterados de esos contratos, las empresas suspendieron los pagos debidos con arreglo a los mismos.

Demandadas ante los tribunales ingleses con fundamento en la concurrencia de una causa de incumplimiento contractual, las empresas invocaron el *cambio anormal de las circunstancias* en que las partes habían fundado la decisión de contratar y reclamaron la resolución de los mencionados contratos. Su pretensión fue, sin embargo, rechazada por el *Commercial Court*, que les condenó a cumplir las obligaciones contratadas; y también en la apelación no vieron atendidas sus pretensiones por el *Court of Appeal*, que confirmó la decisión anterior. Aun reconociendo el impacto de la disminución de las tasas de interés de referencia sobre los pagos debidos con arreglo a los contratos y el carácter imprevisible de la misma los tribunales ingleses entendieron que las reglas del Derecho portugués que disciplinan el cambio de las circunstancias, en las cuales las demandadas se apoyaron, no eran aplicables al caso. Una vez que la decisión condenatoria devino firme se planteó, de conformidad con la reserva de orden público internacional, la cuestión de su reconocimiento y ejecución en Portugal.

II. LA SUSCEPTIBILIDAD DE MODIFICACIÓN O RESOLUCIÓN DE CONTRATOS POR CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS ROMANO-GERMÁNICOS

1. La admisión de una modificación de los contratos, o de su resolución, en caso de cambio de las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar tiene antecedentes lejanos en los sistemas jurídicos europeos.

En el período del Derecho Común se difundió en Europa, por influencia de la teología cristiana, la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. Formulada por primera vez por Teutonicus, en la glosa al *Decreto* de Graciano³, de ella hizo eco también S. Tomás de Aquino⁴. Baldo de Ubaldis

3. Cf. *Decretum Gratiani*, C. 22, q. 2, c. 14, en cuya glosa se puede leer: «*Ergo semper subintelligitur haec conditio, si res in eodem statu manserit*» («Portanto, se subentendiendo siempre la condición de que las cosas permanecerán en el mismo estado»).

4. Cf. *Summa Theologiae*, II-II, q. 110, art. 3, *ad quintum*: «*Ut enim Seneca dicit, in libro de Benefic., ad hoc quod homo teneatur facere quod promisit, requiritur quod omnia immutata*

se extendió a la generalidad de las promesas⁵. Hugo Grócio se le refirió igualmente en su *opus magnum*⁶, a lo que no ha sido ajeno su posterior acogida por el Derecho Internacional Público⁷. Las codificaciones iluministas –especialmente el *Codex Maximilianeus Bavaricus*, de 1756⁸, y el *Allgemeines Landesrecht* prussiano, de 1794⁹– la consagraron en materia civil. El Código Civil austríaco la acogió igualmente, aunque solamente con respecto a precontrato. Establece, de hecho, el § 936 de ese texto legal:

«El acuerdo de celebración futura de un contrato solo es vinculante si tanto el momento de la conclusión como los aspectos esenciales del contrato estén determinados y mientras tanto las circunstancias no se modifiquen, de tal forma que, por fuerza de esto, quede frustrada la finalidad expresamente estipulada o determinada a partir de las circunstancias o se pierda la confianza de cualquiera de las partes [...]»¹⁰.

En resumen, de acuerdo con la doctrina aquí examinada, se deberá entender en los contratos de ejecución continuada o diferida una cláusula

permaneant» («Como disse Séneca, no livro de Benefic., para que o homem esteja vinculado a fazer o que prometeu, é necessário que tudo permaneça imutável»).

5. Cf. *In Digestum Novum Commentaria*, Veneza, 1577, ad D. 46, 3, 38: «*omnes promissio intelligitur rebus sic se habentibus*» («cualquier promesa debe ser entendida teniendo así las cosas»).
6. Grócio solamente admitió, sin embargo, una aplicación restrictiva de la cláusula. Según escribió en *De jure belli ac pacis*, libro II, cap. XVI, § XXV: «*Solet et hoc disputari, an promissa in se habeant tacitam conditionem, si res maneant quo sunt loco: quod negandum est, nisi apertissime pateat statum rerum praesentem in unica illa quam diximus ratione inclusum esse*» («Es una cuestión frecuentemente disputada, si la continuidad de las cosas en su estado presente constituye una condición tácita del cumplimiento de esas promesas: lo que hay que rechazar, a excepción de que sea manifiesto que el actual estado de cosas está incluido en la única razón [por la cual la promesa se hizo] a la que nos hemos referido»).
7. Véase el art. 62 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados. Sobre el tema, vide Ralf Köbler, *Die «clausula rebus sic stantibus» als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, Tubinga, 1991, especialmente pp. 74 ss.
8. Cf. o § 12, IV, 15, según el cual: «*alle Verbindungen die Clausulam rebus sic stantibus stillschweigend in sich halten*».
9. Cf. los §§ 377 y 378 de la Parte I, Título 5, que establecían: «§. 377. Außer dem Fall einer wirklichen Unmöglichkeit, kann wegen veränderter Umstände, die Erfüllung eines Vertrags in der Regel nicht verweigert werden. §. 378. Wird jedoch durch eine solche unvorhergesehene Veränderung die Erreichung des ausdrücklich erklärten, oder aus der Natur des Geschäfts sich ergebenden Endzwecks beyder Theile unmöglich gemacht, so kann jeder derselben von dem noch nicht erfüllten Verträge wieder abgehn».
10. «Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschließung, als die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt, und die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, daß dadurch der ausdrücklich bestimmte, oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt, oder das Zutrauen des einen oder andern Theiles verloren wird [...]».

según la cual estos solamente vinculan mientras se mantengan las circunstancias existentes en el momento de su celebración. A esta doctrina se contrapuso, sin embargo, que la repercusión sobre el contrato de un cambio de las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar no debe depender de la voluntad de éstas, siendo esa cláusula, en realidad, una ficción. Por esta razón surgieron en Europa otras construcciones que visaron de una manera general una mayor objetivación del régimen del cambio de circunstancias, que el Derecho positivo fue consagrando en medida variable. De ellas se dará cuenta a continuación.

2. En su redacción originaria el Código Civil francés solamente confirió relevancia a la ausencia y al rompimiento del equilibrio entre las prestaciones contractuales en los casos dichos de *force majeure* y de *lésion*; no en los de *imprevisión*¹¹.

Así, en principio, el cambio de las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar, derivada de un acontecimiento imprevisto, no confería a la parte perjudicada, en la versión primitiva del *Code Civil*, el derecho a la revisión o resolución de los contratos civiles¹².

En relación a estos contratos, el principio de la *force obligatoire du contrat* fue entendido con gran rigor por los redactores del Código Civil, a excepción de los casos de *force majeure*, en que el cumplimiento de la obligación se vuelve imposible debido a un «*evento irresistible e imprevisible*»¹³.

11. Cf. la sentencia de la Casación de 6 de marzo de 1876, *Canal de Craponne*, in *Rec. Dalloz*, 1876, I, pp. 193 ss., en que se puede leer: «*L'art. 1134 c.civ., d'après lequel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, est applicable même aux contrats antérieurs à la promulgation du code civil. Cette disposition est générale et absolue, et elle régit les contrats, dont l'exécution s'étend à des époques successives, de même que ceux de toute autre nature. Il n'appartient jamais aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants*».
12. Cf. Carbonnier, *Droit Civil*, vol. II, *Les biens. Les obligations*, Paris, 2004, pp. 2172 s.; Denis Tallon, «*Hardship*», in Arthur Hartkamp et al. (orgs.), *Towards a European Civil Code*, 3.^a ed., Nijmegen, 2004, pp. 499 ss.; Eduardo Santos Júnior, «*A imprevisão ou alteração das circunstâncias no Direito Privado francês e as perspectivas de evolução em face dos projectos de reforma do Direito das Obrigações no Code Civil*», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. VI, Coimbra, 2012, pp. 471 ss.
13. Cf. la sentencia de la *Assemblée Plénière* de la Casación de 14 de abril de 2006, *RTDCiv.*, 2006, pp. 775 ss.: «*il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit; qu'il en est ainsi lorsque le débiteur a été empêché d'exécuter par la maladie, dès lors que cet événement, présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure*». El concepto de *force majeure* es ahora definido por el art. 1218, primer párrafo, del Código, según el cual: «*Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un*

A este hecho no será extraña la perspectiva muy rigurosa de la separación de poderes que prevaleció en Francia después de la revolución de 1789 y la percepción de que es el poder legislativo y no el judicial quien debe proceder a definir los efectos de la pérdida de valor de la moneda sobre las relaciones jurídicas. Habrá pesado en la opción del legislador francés, por otra parte, la preocupación de evitar el oportunismo de ciertos deudores, para quien el cambio de circunstancias podría constituir la oportunidad de libertarse de sus obligaciones con consecuencias graves no solamente para los respectivos acreedores, pero también para el tráfico jurídico en general, por la inseguridad que eso en el mismo introduciría.

La situación era, sin embargo, diferente con respecto a los contratos administrativos, cuya revisión el *Conseil d'Etat* admitió, de conformidad con el principio del *équilibre financier du contrat*, en los casos de *fait du prince* (i.e., cuando el contratante público ejerce su prerrogativa de modificar unilateralmente las obligaciones a cargo de su cocontratante o adopta una medida individual susceptible de aumentar los costes por este soportados) y de *imprevisión* (o sea, de concurrencia de una perturbación sustancial de las condiciones económicas de ejecución del contrato, imprevisible e independiente de la voluntad de las partes, v.g. el aumento inesperado del precio de una materia prima esencial a la prestación del servicio concesionado al contratante privado, de que resulten para este sobrecostes ruinosos); lo que se explica por el interés público en asegurar la continuidad de los contratos (*maxime* de concesión) destinados a la satisfacción de necesidades generales, que la insolvencia del contratante privado podría comprometer¹⁴.

Algunas decisiones de la Casación francesa admitieron, sin embargo, bajo ciertos presupuestos, un deber de las partes de renegociar las condiciones estipuladas en el contrato¹⁵. El anteproyecto de reforma del Derecho de las Obligaciones y del Derecho de la Prescripción, de 2005 consagró ese deber en el art. 1135-2. Atendiendo al tenor de este precepto, en ausencia de una cláusula contractual que prevea la renegociación del contrato cuando el equilibrio de las prestaciones sea perturbado de tal forma que una de las partes pierda «cualquier interese» en el contrato, podría esta solicitar

événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur».

14. Véase Jean Rivero/Jean Waline, *Droit administratif*, 19.^a ed., Paris, 2002, pp. 121 ss.

15. Vide las sentencias de 3 de noviembre de 1992, *Bull. Civ.*, IV, n.º 338, de 24 de noviembre de 1998, *Bull. Civ.*, IV, n.º 277, y de 16 de marzo de 2004, *Rec. Dalloz*, 2004, p. 1754.

judicialmente que sea ordenada la renegociación del contrato. Fallando la renegociación, determinaba el art. 1135-3 que cualquiera de las partes podría desvincularse del contrato sin que tuviera que indemnizar la otra. La revisión del contrato por los tribunales se encontraba, en todo caso, excluida¹⁶. Ya el proyecto de reforma del Derecho de las Obligaciones de 2008 admitió, dentro de ciertos límites, la posibilidad de una adaptación o resolución *ope judicis* del contrato en caso de cambio de las circunstancias¹⁷. Fue esta última solución la que se impuso en la reforma del Código Civil llevada a cabo en 2016, el cual pasó a establecer en el art. 1195:

«Si un cambio de circunstancias imprevisible en el momento de la celebración del contrato hace su ejecución excesivamente onerosa para una parte que no hubiera aceptado asumir el respectivo riesgo, esta puede solicitar una renegociación del contrato a su cocontratante. Ella sigue ejecutando sus obligaciones durante la renegociación. / En caso de que se lo niegue o fracase la negociación, las partes pueden decidir resolver el contrato, en la fecha y en las condiciones que determinen, o solicitar de común acuerdo al juez que proceda a su adaptación. En caso de falta de acuerdo dentro de un plazo razonable, puede el juez, por solicitud de una parte, revisar el contrato o terminarlo, en la fecha y en las condiciones que determine»¹⁸.

16. Establecía el art. 1135-1 del anteproyecto: *«Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles»*. E añadía el art. 1135-2: *«A défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation»*. En los términos del art. 1135-3: *«Le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il est dit au chapitre 1er du présent titre. Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage»*.
17. Establecía, en este sentido, el art. 136: *«Si un changement de circonstances, imprévisible et insurmontable, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son co-contractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut, si les parties en sont d'accord, procéder à l'adaptation du contrat, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe»*.
18. El texto francés de ese precepto es el siguiente: *«Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation./En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe»*.

A título de justificación de esta modificación legislativa, se afirma en el informe de la *ordonnance* n.º 2016-131, que aprobó la reforma: «Francia es uno de los últimos países de Europa que no reconoce la teoría de la imprevisión como causa moderadora de la fuerza obligatoria del contrato. Esta consagración, inspirada en el Derecho Comparado y en los proyectos de armonización europeos, permite luchar contra los desequilibrios contractuales de envergadura que sobrevengan durante la ejecución del contrato, de conformidad con el objetivo de la justicia contractual perseguido por la *ordonnance*».

La acogida así dada a la teoría de la imprevisión no se eximió, sin embargo, al apodo de tímida, sea por los *apretados presupuestos* a que se encuentra sujeta (los cuales incluyen la imprevisibilidad del cambio de circunstancias ocurrido, la excesiva onerosidad de la ejecución del contrato de ahí resultante y la no asunción del respectivo riesgo por la parte perjudicada), sea por el *considerable número de etapas* que tienen que ser vencidas por la parte perjudicada para libertarse del contrato (en que se incluyen el intento de renegociación del contrato, un posible acuerdo de las partes cuanto a la resolución o adaptación del contrato por el tribunal y solo en la falta de este la formulación por el interesado de una solicitud de revisión del contrato por el tribunal)¹⁹.

Se formulan, de todas formas, reservas a la consagración legal del poder de los tribunales de revisar el contrato para ajustarlo a las nuevas circunstancias que lo rodea, la cual rompe con una orientación jurisprudencial que vigoraba hace más de 140 años; y esto, se dice, no solo por la complejidad del ejercicio de ese poder, el cual presupone una *culture de métier* que los magistrados franceses no tienen, como por la pérdida de atractivo que su consagración podrá implicar como ordenamiento jurídico para el Derecho francés, en la confrontación o comparación con los sistemas de *Common Law*.

19. Cf., en este sentido, Philippe Chauviré, «Les dispositions relatives aux effets du contrat», in *eiusdem* (org.), *La réforme du droit des contrats: du projet à l'ordonnance*, Paris, 2016, pp. 43 ss. (p. 47); e Thierry Revet, «Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés», in *ibidem*, pp. 67 ss. (p. 81). No falta, sin embargo, quien entienda que la noción de onerosidad excesiva acogida en el precepto en estudio incluye no solo los casos en que la prestación a cargo de la parte perjudicada se volvió más dispendiosa, pero también aquellos casos en que disminuyó el valor de la respectiva contraprestación, especialmente en virtud de la desvalorización de la moneda: así Philippe Stoffel-Munck, «L'imprévision et la réforme des effets du contrat», in Alain Bénabent/Laurent Aynès (orgs.), *Réforme du droit des contrats: quelles innovations?*, Paris, 2016, pp. 30 ss. (p. 33).

En cualquier caso, la nueva regla legal tiene carácter supletorio, según declara el informe de la *ordonnance* n.º 2016-131, pudiendo, consecuentemente, ser precisada o incluso rechazada por estipulación contractual²⁰.

3. En Alemania, la cláusula *rebus sic stantibus*, así como la teoría de la presuposición («*Voraussetzung*») formulada por Windscheid a mediados del siglo XIX²¹, según la cual la declaración de voluntad valdría únicamente en la medida en que se verificara o mantuviese cierta circunstancia o situación presupuesta por el declarante, fueron rechazadas por los redactores del BGB.

También en cuanto a este punto prosperó el modelo individualista y liberal que, de una manera general, inspiró el Código alemán, así como la preocupación con la seguridad jurídica, que aquellas construcciones (especialmente la segunda, dado su extremo subjetivismo) colocarían en riesgo.

Pero la jurisprudencia del Tribunal del Imperio no tardó en recuperar dicha cláusula, bajo la presión de los problemas económicos que afectaron al país en la posguerra.

En la célebre decisión que emitió el 21 de septiembre de 1920²², el Tribunal declaró, de hecho, que, siendo el deber de cumplimiento y el derecho al cumplimiento regidos, de conformidad con el § 242 do BGB, por el principio de la buena fe, no sería debido ni exigible el cumplimiento de un contrato si, en consecuencia de un cambio completo de las circunstancias, la prestación contractualmente debida se hubiera transformado, del punto de vista económico, en otra «*completamente diferente de aquella que las partes habían originariamente pensado y deseado*»²³.

El caso juzgado en esta sentencia era relativo a un contrato celebrado en 1912, en que el demandante se obligaba a proporcionar a la demandada la utilización de determinadas instalaciones de que era propietaria y

20. En este sentido, Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, vol. I, 4.ª ed., Paris, 2016, p. 560; Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 8.ª ed., Paris, 2016, p. 407.

21. Cf. *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850.

22. RGZ 100, pp. 129 ss.

23. «*Beherrschen nach [§ 242 BGB] Treu und Glauben die Erfüllungspflicht des Schuldners wie dementsprechend gegenseits auch das Erfüllungsrecht des Gläubigers –sein Recht auf die Erfüllung–, so kann unter diesem Gesichtspunkte die Erfüllung eines Vertrags nicht mehr geschuldet und gefordert werden, wenn infolge der völligen Veränderung der Zustände die Vertragsleistung jetzt wirtschaftlich zu einer ganz anderen geworden ist, als wie sie ursprünglich von beiden Parteien gedacht und gewollt war*».

también a suministrarle la energía que la demandada necesitaba para el funcionamiento de su industria en aquellas instalaciones. En consecuencia del aumento exponencial del precio de las materias primas, especialmente del carbón, ocurrido en Alemania después de la I Guerra Mundial, los costes suportados por la demandante con el cumplimiento del contrato pasaron a exceder muchísimo el precio estipulado. La pérdida así sufrida por la demandante excedía diez veces el valor anual del contrato. La demandante exigió la declaración de nulidad de este o la revisión del precio estipulado. Para el *Reichsgericht*, sería claramente injusto que las consecuencias de la ola inflacionista subsecuente a la guerra, imprevisible para cualquiera de las partes cuando celebraron el contrato, fueran exclusivamente soportadas por la demandante. De conformidad con la cláusula *rebus sic stantibus* y con el principio de la buena fe, la pretensión fue, así, estimada.

Después de este caso, Paul Oertmann desarrolló, en una monografía con gran repercusión, la figura de la «base del negocio» («*Geschäftsgrundlage*»), que el autor definió como «la representación de una de las partes, evidenciada en el momento de la celebración del negocio, cuya importancia la contraparte reconoció y a la cual no se opuso, o la representación común de las diferentes partes, sobre la existencia o la ocurrencia de determinadas circunstancias en que se basa la voluntad negocial»²⁴.

Esta doctrina vendría a ser acogida por el Tribunal Imperial, en 1922²⁵, y fue después precisada en diversas decisiones del Tribunal Federal²⁶. De conformidad con la formulación que le dio modernamente Karl Larenz²⁷, se considera verificada la «supresión de la base objetiva del negocio» («*Fortfall der objektiven Geschäftsgrundlage*»)²⁸ cuando ocurra, en consecuencia de un cambio imprevisto de circunstancias, una perturbación de la equivalencia

24. «[D]ie beim Geschäftsschluss zutage tretende und vom etwaigen Gegner in ihrer Bedeutsamkeit erkannte und nicht beanstandete Vorstellung eines Beteiligten oder die gemeinsame Vorstellung der mehreren Beteiligten vom Sein oder vom Eintritt gewisser Umstände, auf deren Grundlage der Geschäftswille sich aufbaut». Cf. *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921, p. 37.

25. Cf. la decisión de 3 de febrero de 1922, RGZ 103, pp. 328 ss.

26. Cf., por ejemplo, la decisión de 1 de junio de 1979, BGHZ 74, pp. 370 ss., en que se define la base del negocio como «bei Vertragsschluss zutage getretenen gemeinschaftlichen Vorstellungen beider Parteien oder dem Geschäftsgegner erkennbaren und vom ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, auf denen sich der Geschäftswille der Parteien aufbaut».

27. Véase *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, *Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., Munique, 1987, pp. 320 ss.

28. La cual se contrapondría a la supresión de la base subjetiva del negocio («*subjektive Grundlage des Geschäfts*»), que configuraría una hipótesis de error en los motivos, em principio imposible de atender.

de las prestaciones («Äquivalenzstörung») o la frustración de la finalidad del contrato («Zweckvereitelung»). A la parte perjudicada le asiste entonces, con fundamento en el principio de la buena fe, el derecho a modificar el contrato o a resolverlo²⁹.

La importancia de estos desarrollos se ha puesto en relieve por Franz Wieacker, que, refiriéndose a la evolución de la jurisprudencia de los tribunales superiores en el siglo XX, no dejó de observar que «[el] acontecimiento más importante en cuanto a aspectos fundamentales fue talvez el regreso de la jurisprudencia al principio de la equivalencia material»³⁰.

No sorprende, así, que la *Schuldrechtsmodernisierung* de 2002 haya consagrado la teoría de la base del negocio. Dispone ahora, al respecto, el § 313 del BGB:

«(1) Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado seriamente después de la celebración de éste, y si las partes no lo hubieran celebrado o lo hubieran celebrado con otro contenido en el caso de que hubieran previsto ese cambio, se podrá exigir la adaptación del contrato, desde que, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, en especial la distribución contractual o legal del riesgo, no sea exigible a una de las partes la vinculación al contrato inalterado. (2) Es equiparada a un cambio de circunstancias la situación en que se revelen equivocadas representaciones esenciales que hayan estado en la base del contrato. (3) Cuando la adaptación del contrato no sea posible o exigible a una de las partes, puede la parte perjudicada resolver el contrato. En las relaciones obligacionales duraderas, opera el derecho de denuncia en lugar del derecho de resolución»³¹.

29. Para una síntesis actualizada del estado de esta doctrina, *vide* Hannes Rösler, «Geschäftsgrundlage», in Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann (orgs.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Tubinga, 2009, vol. I, pp. 710 ss.

30. Cf. *História do Direito Privado Moderno*, traducción portuguesa por António Hespanha, Lisboa, s.d., p. 593.

31. «(1) Haben sich die Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung».

De este precepto se desprende que existe una clara preferencia de la ley alemana por la *adaptación* de los contratos, en caso de cambio de circunstancias, relativamente a su resolución o denuncia, las cuales solo pueden tener lugar cuando la primera no sea posible o exigible a una de las partes. Para que cualquiera de ellas pueda materializarse es necesario que se verifiquen cumulativamente cuatro requisitos: *a)* Que las circunstancias en causa (*v.g.* la estabilidad de la moneda o la disponibilidad en el mercado de determinada materia prima) constituyan la «*base del contrato*», aunque no se encuentren en el mismo expresamente mencionadas; *b)* Que esas circunstancias hayan sufrido un *cambio grave* (consistente, por ejemplo, en una desvalorización muy significativa de la moneda utilizada para pagos de conformidad con el contrato o en la escasez y correspondiente aumento del precio de la mencionada materia prima); *c)* Que las partes *no hubieran celebrado* el contrato, o no lo hubieran celebrado en las mismas condiciones, caso de que hubieran previsto ese cambio, y *d)* Que *no sea exigible* a la parte perjudicada la vinculación al contrato en sus términos iniciales. Además de una modificación sobrevenida de la base del contrato, se contempla en el precepto su ausencia originaria –la cual no es sino un error bilateral sobre los motivos–, hipótesis en que el contrato puede igualmente ser adaptado, resuelto o denunciado, verificados que estén los mencionados requisitos.

4. De la jurisprudencia y de la doctrina alemanas, la figura en análisis se plasmó en el Derecho portugués, ordenamiento que la consagra hoy día, en términos generales, en el art. 437 del Código Civil³², conforme al cual:

«1. Si las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar hubieren sufrido un cambio anormal, tiene la parte perjudicada derecho a resolver el contrato, o a su modificación según juicios de equidad, desde que la exigencia de las obligaciones por ella asumidas afecte seriamente los principios de la buena fe y no esté cubierta por los riesgos propios del contrato. 2. Solicitada la resolución, la parte contraria puede oponerse a la

32. Sobre el cual se pueden ver, además de los trabajos generales de la Teoría General del Derecho Civil y del Derecho de las Obligaciones mencionadas arriba: Adriano Vaz Serra, «Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias», *Boletim do Ministério da Justiça* 68 (1957), pp. 293 ss.; João Antunes Varela/Manuel Henriques Mesquita, «Resolução ou modificação do contrato por alteração de circunstâncias», *Colectânea de Jurisprudência*, ano VII, 1982, tomo 4, pp. 7 ss.; António Menezes Cordeiro, «Da alteração de circunstâncias», in *Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989, pp. 293 ss.; *idem*, «A crise a alteração de circunstâncias», *Revista de Direito Civil*, 2016, pp. 7 ss.; Durval Ferreira, *Erro negocial. Objeto – Motivos – Base Negocial e Alteração de Circunstâncias*, Coimbra, 1995; José de Oliveira Ascensão, «Onerosidade excessiva por «alteração das circunstâncias»», *Revista da Ordem dos Advogados*, 2005, pp. 625 ss.

solicitud, declarando aceptar la modificación del contrato de conformidad con el párrafo anterior».

Presupuesto fundamental del régimen establecido en este precepto legal es que haya ocurrido, como se dice en el mismo, un «cambio de las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar».

Se trata aquí de la *base del negocio*, i.e., las circunstancias preexistentes al contrato, que fueran determinantes para su celebración y sin los cuales el mismo no hubiera sido celebrado, o solo hubiera sido celebrado en otros términos³³. Esa base del negocio deberá ser *bilateral*, puesto que la propia ley se refiere a circunstancias en que ambas partes fundaron la decisión de contratar. Todos los demás cambios de circunstancias que no integren la base del negocio son, por lo tanto, irrelevantes. Así, por ejemplo, si la legislación sobre contratos se modificó, pero las partes no la llevaron en cuenta al renegociar el contrato, esa modificación es irrelevante.

No hay duda de que, como se ha reconocido en la doctrina³⁴ y en diversas sentencias de los tribunales superiores portugueses³⁵, la crisis económica y financiera que afectó Portugal y otros países a partir de 2008 constituye potencialmente un cambio de las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar, relevante a efectos del art. 437 del Código Civil. No es suficiente, sin embargo, la ocurrencia de una crisis para desencadenar los efectos previstos en ese precepto:

33. Véase, sobre este punto, el est. cit. de Vaz Serra, p. 311, en que se admitía ya que «a teoria da base do negócio [talvez] possa fornecer soluções aproveitáveis para a regulamentação legislativa da matéria de resolução ou modificação dos contratos por alteração de circunstâncias».
34. Cf. Manuel Carneiro da Frada, «Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias. Contratos de depósito vs. Contratos de gestão de carteiras», *Revista da Ordem dos Advogados*, 2009, pp. 633 ss.; José Lebre de Freitas, «Contrato de swap meramente especulativo. Regimes de validade e de alteração de circunstâncias», *Revista da Ordem dos Advogados*, 2012, pp. 943 ss.; Paulo Mota Pinto, «Contrato de swap de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 143.º, pp. 391 ss., e 144.º, pp. 14 ss. (especialmente pp. 49 s.). Mais reservado, António Menezes Cordeiro, «A crise e a alteração de circunstâncias», *Revista de Direito Civil*, 2016, pp. 7 ss.; *idem*, *Tratado de Direito Civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, 2017, pp. 703 ss.
35. De los cuales destacamos la sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 10 de octubre de 2013, proc. 1387/11.5TBBCL.G1.S1 (disponible en <http://www.dgsi.pt>). Se decidió en ella que en los contratos de *swap* «o risco fornece o próprio objeto contratual pelo que a alteração das circunstâncias tem de ser de apreciável vulto ou proporções extraordinárias: o prejuízo só justifica a resolução ou modificação do contrato quando se verifique um profundo desequilíbrio do contrato, sendo intolerável com a boa-fé que o lesado o suporte. Tal profundo desequilíbrio pode resultar da significativa descida das taxas de juro, provocada por grave crise financeira, com grande divergência da taxa, superior, que as partes representaram como possível e a que o contrato pretendia assegurar».

«Es necesario», afirmó el Supremo Tribunal de Justicia en la sentencia de 10 de enero de 201336, «que exista una correlación directa y demostrada de forma factual en los autos entre la crisis económica general y la actividad económica concreta de determinado agente para que se pueda hablar de un cambio anormal de las circunstancias».

Se exige, por otra parte, el mismo precepto, que ese cambio sea *anormal*. Deberá tratarse, pues, de un cambio significativo o de envergadura considerable. Si se da, por ejemplo, una pequeña subida de precios, no se puede decir que se haya producido un cambio anormal. Debe, además, ese cambio ser *imprevisible*. Si las partes contaban, o deberían haber contado, por ejemplo, con la disminución provisional de la demanda de determinados servicios o productos, debido a la alternancia normal de los ciclos económicos, el mencionado régimen legal no se aplica. Muchos contratos estipulan, además, las condiciones en las que se puede producir una actualización de precios. En estos casos, prevalecerá el régimen contractual sobre el legal.

En tercer lugar, se requiere, para que se pueda dar la resolución del contrato por cambio de circunstancias, que el mantenimiento de éste, tal y como fue celebrado por las partes, implique una *pérdida*, i.e., un daño, para una de ellas. Esa pérdida puede resultar, en particular, de que el cambio de circunstancias comprometa el *equilibrio de las prestaciones*: una de ellas pasa, por ejemplo, a valer mucho más que la otra, *v.g.*, porque se dio una desvalorización abrupta y significativa de la moneda. Otra hipótesis consiste en la prestación de una de las partes, en virtud del cambio de las circunstancias, se haber vuelto *excesivamente onerosa*, sea en el plan patrimonial sea en el personal, por ejemplo, porque los materiales con los que el contratista tiene que construir la obra encarecieron mucho, o los salarios aumentaron vertiginosamente.

Se presupone, en cuarto lugar, en virtud de ese cambio anormal de circunstancias, que la exigencia de las obligaciones asumidas por una de las partes *afecte gravemente los dictámenes de la buena fe*. Entre estos se incluye el deber de *actuación leal, honesta y razonable* por parte de los contratantes, tanto en los preliminares y en la celebración del contrato como en la ejecución de las obligaciones derivadas del mismo. Ahora bien, es justamente la violación de esta norma de conducta que se presupone, al exigirse a una de las partes el estricto cumplimiento del contrato en su expresión originaria,

36. Proc. 187/10.4TVLSB.L2.S1 (disponible en <http://www.dgsi.pt>).

para que el tribunal pueda decretar la respectiva resolución o modificación por cambio de circunstancias³⁷.

Por fin, el cambio de circunstancias no debe estar cubierto por los *riesgos propios del contrato*. Si las partes han asumido, expresa o implícitamente, el riesgo del cambio de circunstancias, no se puede aplicar el régimen legal. Es lo que sucede, por ejemplo, en un contrato de seguro cuyo objeto sea precisamente la cobertura del riesgo de verificación del hecho en cuestión. Y aún en un contrato de promesa de compraventa de inmuebles, en que «el riesgo típico al cual se sujeta el comprador es el de no conseguir estar en condiciones de pagar el precio, no logrando consumir el negocio prometido y sufriendo las consecuencias previstas para su incumplimiento (típicamente, la pérdida de lo que mientras tanto prestó)»³⁸.

El primer efecto que la ley portuguesa imputa al cambio de las circunstancias que constituyen la base del negocio, en el art. 437, n.º 1, del Código Civil, es el *derecho de resolver el contrato* conferido a la parte perjudicada. La resolución tiene lugar, según el art. 439, de conformidad con los arts. 432 y siguientes del Código. Por lo tanto, aunque pueda ser retroactiva (art. 434, n.º 1), la resolución en principio no abarca las prestaciones ya realizadas (art. 434, n.º 2). Si se trata de un contrato de ejecución duradera y una parte del mismo ya se ha ejecutado antes del cambio de circunstancias, la resolución solo afecta a las prestaciones futuras, no destruyendo retroactivamente el contrato, lo que acerca de la denuncia prevista en la ley alemana. La resolución es, pues, limitada por su propia justificación.

El segundo efecto posible del cambio de las circunstancias es la *modificación del contrato*, que podrá darse, desde luego, por solicitud de la propia parte perjudicada. Si la resolución es solicitada, la parte contraria puede, según el art. 437, n.º 2, oponerse a ella, declarando que acepta la modificación. Se trata, también aquí, de una manifestación de la idea de aprovechamiento de los negocios jurídicos (*favor negotii*): en la medida de lo posible, se busca evitar la ineficacia de estos. Pero no se puede hablar, con toda propiedad, de subsidiariedad de la resolución relativamente a

37. En esta línea de orientación se pronunciaba Vaz Serra, est. cit., p. 305, para quien «*não procede de boa fé o contraente que exige do outro uma prestação que a alteração de circunstâncias torna inexigível*». Y añadía, a p. 319: «*é na boa fé que, em última análise, se baseia a resolução ou modificação do contrato [...] atendendo a que ela proíbe as reclamações não exigíveis ao devedor*».

38. En este sentido, Cf. la sentencia del Tribunal de Apelación de Lisboa de 19 de febrero de 2013, proc. 1117/10.9TVLSB.L1-1 (disponible en <http://www.dgsi.pt>).

la modificación del contrato³⁹, una vez que ésta no tiene lugar *ex officio*, si no es requerida por algunas de las partes, aunque *in casu* fuera bastante para recuperar el equilibrio de las prestaciones. La libertad contractual (considerada aquí en sentido negativo) tiene, pues, en el Derecho portugués, primacía sobre el *favor negotii*.

Cuando deba procederse a la modificación del contrato, ésta tendrá lugar, dice el art. 437, n.º 1, «según juicios de equidad». Por ello, si el cambio de circunstancias afectó el equilibrio de las prestaciones, cumple modificar el contrato en la medida de lo necesario para recuperar ese equilibrio. Esto puede realizarse, por ejemplo, mediante la actualización del precio acordado por las partes, para que el mismo pueda reflejar la desvalorización de la moneda.

5. El principio de la equivalencia de las prestaciones subyace también en el tenor de diversas disposiciones del Derecho italiano de los contratos⁴⁰.

En el Código Civil, se prevé, especialmente, la posibilidad de resolución o modificación de los contratos de ejecución continuada o diferida en que la prestación de una de las partes se vuelva *excesivamente onerosa* debido a «acontecimientos extraordinarios e imprevisibles», desde que eso no entre en el «alea» normal del contrato⁴¹. La onerosidad excesiva de la prestación tanto puede resultar del aumento del respectivo coste como de la pérdida del valor de la contraprestación que le corresponde. La modificación del contrato solo puede darse, sin embargo, a solicitud de la parte demandada. Tratándose de contratos en que únicamente una de las partes haya asumido obligaciones, puede ésta solicitar la reducción de su prestación o la modificación de la forma de su ejecución en términos de equidad⁴².

39. Como sustenta Pinto Oliveira, *Princípios de Direito dos contratos*, Coimbra, 2011, p. 586.

40. Véase Guido Alpa, «Princípios gerais e Direito dos Contratos. Um inventário de *Dicta* e de *Questões*», in António Pinto Monteiro (coordinador), *Contratos: actualidade e evolução*, Porto, 1997, pp. 101 ss. (p. 104).

41. Art. 1467: «*Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contra la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto*».

42. Art. 1468: «*Nell' ipotesi prevista dall' articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità*».

Por lo que respecta al contrato de obra, el Código consiente la revisión del precio, a solicitud del contratista o del dueño de la obra, cuando, en virtud de circunstancias imprevisibles, el coste de los materiales o de la mano de obra hayan aumentado o disminuido de tal manera que haya ocurrido un aumento o una reducción superior a un décimo del precio ajustado⁴³. Además, si durante el transcurso de la obra ocurren dificultades de ejecución derivadas de causas geológicas, hídricas o semejantes no previstas por las partes, que hagan notoriamente más onerosa la prestación del contratista, este tendrá derecho a una compensación equitativa⁴⁴.

Se admite, por otra parte, en la doctrina y en la jurisprudencia italiana, la relevancia de la «presuposición», definida por la Casación como «situación de hecho o de derecho, pasada, presente o futura, de carácter objetivo –cuya existencia, cese y verificación sea totalmente independiente de la actividad y de la voluntad de los contratantes y no constituya objeto de una suya específica obligación– que pueda, incluso en la falta de referencia expresa a ella en las cláusulas contractuales, considerarse como tomada en cuenta por los propios contratantes, en la formación de su consenso, como presupuesto con valor determinante para los fines de la existencia y subsistencia del vínculo contractual». Así entendida, la presuposición «determina la invalidez o la resolución del contrato cuando la situación supuesta, pasada o presente, de hecho no exista en el momento de la conclusión del contrato, o la contemplada como futura (pero cierta) no se verifique»⁴⁵.

43. Art. 1664: «Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo».

44. *Idem*: «Se nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendono notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso».

45. En este sentido véase la sentencia de la Casación de 24 de marzo de 1998, n.º 3083, *Giust. civ.*, 1998, I, p. 3161: «La "presupposizione" ricorre quando una determinata situazione, di fatto o di diritto, passata, presente o futura, di carattere obiettivo –la cui esistenza, cessazione e verificación sea del tutto independiente dall'attività e dalla volontà dei contraenti e non costituisca oggetto di una loro specifica obbligazione– possa, pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali, ritenersi tenuta presente dai contraenti medesimi, nella formazione del loro consenso, come presupposto avente valore determinante a i fini dell'esistenza e del permanere del vincolo contrattuale. La presupposizione, così intesa, assume rilevanza, determinando la invalidità o la risoluzione del contratto, quando la situazione presupposta, passata o presente, in effetti non sia mai esistita e comunque non esista al momento della conclusione del contratto, ovvero quella contemplata come futura (ma certa) non si verifichi». Cf. aún en la doctrina, con más referencias, Bianca, *Diritto civile*, vol. 3, *Il contratto*, 2.ª ed., Milão, 2000, pp. 435 ss., Galgano, *Diritto Privato*, 16.ª ed., Pádua, 2013, pp. 351 ss., e Alpa, *Manuale di diritto privato*, 8.ª ed., Milão, 2013, pp. 549 ss.

6. El Derecho brasileño recibió, por manifiesta influencia italiana, la noción de onerosidad excesiva, que encontró acogida en el Código Civil como fundamento posible de la resolución de los contratos de ejecución continuada o diferida, siempre que sobrevengan acontecimientos extraordinarios e imprevisibles susceptibles de comprometer el equilibrio de las prestaciones originariamente acordado entre las partes⁴⁶. Establece, al respecto, el art. 478 de este texto normativo:

«En los contratos de ejecución continuada o diferida, si la prestación de una de las partes se vuelve excesivamente onerosa, con extrema ventaja para la otra, debido a acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, podrá el deudor solicitar la resolución del contrato. Los efectos de la sentencia que la declare retrotraerán a la fecha de la citación».

Diferentemente del mencionado precepto de la ley italiana, no se exige aquí que la onerosidad excesiva exceda el *alea normal* del contrato; pero esta exigencia debe ser considerada como implícita en el mencionado precepto, en la medida en que en el mismo se exige que la onerosidad excesiva de la prestación resulte de *acontecimientos extraordinarios e imprevisibles*: como subraya Oliveira Ascensão, no es extraordinario lo que está dentro de los riesgos normales del contrato⁴⁷.

Tampoco figura en el precepto en causa el requisito, formulado como hemos visto en la ley portuguesa, de que la exigencia de las obligaciones asumidas por la parte perjudicada se muestre contraria a la buena fe. A lo que no será extraña la diferente estirpe de los preceptos brasileño y portugués sobre la materia: aquel, como dijimos, sobre todo inspirado en el Código italiano; éste, en la jurisprudencia alemana, que desarrolló la figura en cuestión a partir de la cláusula general del § 242 do BGB. No deja, sin embargo, la buena fe de desempeñar papel de relieve en la valoración,

46. Véase, sobre el régimen brasileño, José de Oliveira Ascensão, «Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil», *Revista CEJ*, 2004, pp. 59 ss.; Paulo Roque Khouri, *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei n.º 8.666/93. A onerosidade excessiva superveniente*, São Paulo, 2006; André Borges de Carvalho Barros, «A onerosidade excessiva como fundamento da revisão ou resolução do contrato no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor», in Giselda Hironaka/Flávio Tartuce, *Direito contratual. Temas atuais*, São Paulo, 2007, pp. 315 ss.; Laura Coradini Frantz, «Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ», in Judith Martins-Costa (org.), *Modelos de Direito Privado*, São Paulo, 2014, pp. 215 ss.

47. Est. cit., p. 62.

ante el Derecho brasileño, de las situaciones de desequilibrio contractual derivadas del cambio de circunstancias⁴⁸.

No se prevé en el precepto transcrito arriba la posibilidad del deudor solicitar la modificación del contrato con fundamento en la onerosidad excesiva de la prestación, lo que explicará la inserción del precepto en el capítulo relativo a la extinción del contrato; pero la doctrina la admite con fundamento en el principio de la conservación de los negocios jurídicos, que aflora especialmente en los arts. 170⁴⁹ y 184⁵⁰ del Código⁵¹.

Esa posibilidad está, en todo caso, prevista en el art. 479, según el cual «[la] resolución podrá ser evitada, ofreciéndose el demandado a modificar equitativamente las condiciones del contrato». Por otra parte, el art. 480, que replica el art. 1468 del Código italiano, admite que, «[s]i en el contrato las obligaciones le tocan únicamente a una de las partes, esta podrá demandar que su prestación sea reducida, o modificada la forma de ejecutarla, para evitar la onerosidad excesiva».

Se presupone evidentemente, en estos preceptos, la satisfacción de los requisitos de la resolución del contrato previstos en el art. 478: *a)* Un contrato duradero; *b)* Un hecho superveniente extraordinario e imprevisible; *c)* La onerosidad excesiva de la prestación en causa manifestada en la desproporción entre el valor de esta y el de la contraprestación, y *d)* La extrema ventaja de esa situación para una de las partes.

La misma preocupación con el equilibrio de las prestaciones contractuales subyace a la regla prevista en el art. 317 del Código brasileño, según la cual:

«Cuando, por motivos imprevisibles, sobrevinir desproporción clara entre el valor de la prestación debida y el del momento de su ejecución, podrá el juez corregirlo, a solicitud de la parte, afín de asegurar, en la medida de lo posible, el valor real de la prestación».

48. Sobre el punto, véase, con amplias referencias jurisprudenciales, Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*, São Paulo, 2015, pp. 590 ss.

49. «*Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade».*

50. «*Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal».*

51. Véase, en este sentido, el enunciado n.º 176 del Consejo de Justicia Federal: «*Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual»* (disponible en <http://www.cjf.jus.br/enunciados>).

El acento tónico es aquí puesto en la desproporción entre el valor de la prestación pecuniaria en el momento inicial y lo que ella tiene en el momento en que es debida su realización, pudiendo el juez corregirla para asegurar su valor real. Se tiene aquí presente el fenómeno de la desvalorización de la moneda, el cual afectó particularmente a Brasil en épocas recientes. Mientras el art. 478 se refiere a la resolución (o modificación) del contrato típicamente a solicitud del deudor, en este caso el interés dominante es el del acreedor.

El Código Civil brasileño reparte así en dos disposiciones el régimen del cambio de circunstancias, algo que el Derecho alemán y el portugués condensan en un solo precepto, pero su régimen no difiere sustancialmente de lo que éstos acogen.

De notar aún que el Código de Defensa del Consumidor consagra como «derecho básico del consumidor», en el art. 6, inciso V, «la modificación de las cláusulas contractuales que establezcan prestaciones desproporcionadas o su revisión en razón de hechos sobrevenidos que las hagan excesivamente onerosas». Se prescinde aquí, en beneficio del consumidor, del carácter extraordinario e imprevisible del acontecimiento en causa como requisito de la revisión del contrato; solución que evidentemente radica en la condición más vulnerable de aquel y en su mayor necesidad de protección⁵². El hecho sobrevenido en cuestión debe, en todo caso, situarse fuera del alea propio del contrato de consumo: si se insiere en los riesgos normales del contrato, no puede el consumidor invocarlo para obtener la revisión del contrato. Por otra parte, la circunstancia de que el mencionado precepto solo contemple la revisión a solicitud del consumidor no excluye que ella pueda darse a solicitud del cocontratante de éste, desde que estén satisfechos los requisitos al efecto establecidos en las disposiciones mencionadas en el Código Civil⁵³.

7. El Derecho español adopta en esta materia un *modelo intermedio* entre el francés, tradicionalmente muy restrictivo, como hemos visto, y el alemán, bastante más generoso. La jurisprudencia del Tribunal Supremo español recurre, en efecto, a la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, aunque reconozca que la misma no está legalmente consagrada y que solo debe admitirse cautelarmente, atendiendo a su elaboración doctrinal y a los principios de equidad a que corresponde. Se exige, al efecto, la verificación

52. Cf. Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais*, 8.ª ed., São Paulo, 2016, p. 1055.

53. En este sentido, Paulo Khouri, *Direito do Consumidor. Contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*, 4.ª ed., São Paulo, 2009, p. 95.

de los siguientes requisitos para que se atribuya relevancia al cambio de circunstancias: *a)* Un cambio extraordinario de las circunstancias en el momento del cumplimiento del contrato relativamente a las previstas en el momento de su celebración; *b)* La imprevisibilidad absoluta de ese cambio de circunstancias, y *c)* La ocurrencia de una desproporción inusitada y exorbitante, que elimine el necesario equilibrio entre las prestaciones⁵⁴.

La *Propuesta de Modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos* consagra una detallada disposición sobre esta materia, claramente inspirada en el Código alemán y en las normativas del mismo tributarias. También ahí ha recibido acogida normativa la idea de *onerosidad excesiva* de la ejecución del contrato. Dice, sobre este tema, el art. 1213 de ese texto:

«Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato».

Se observa aquí una preocupación más pronunciada que en el Derecho portugués con la preservación del contrato, puesto que, como sucede en la ley alemana, la resolución de este tiene en el proyecto español carácter subsidiario relativamente a su revisión.

III. EL PROBLEMA EN LOS SISTEMAS DE COMMON LAW

En el análisis comparado entre los sistemas de *Civil Law* y los de *Common Law* se aprecia que éstos son mucho más restrictivos en cuanto a la admisibilidad de la resolución o modificación del contrato por cambio de circunstancias: el principio de que se parte es, de hecho, el de la

54. Cf. Luis Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 6.ª ed., Madrid, 2008, pp. 1065 ss.; e Sixto Sánchez Lorenzo, «La frustración del contrato», *in eiusdem* (org.), *Derecho contractual comparado*, 3.ª ed., Madrid, 2016, tomo II, pp. 703 ss. (pp. 738 ss.).

«inviolabilidad de los contratos» («*sanctity of contracts*»)⁵⁵, por fuerza del cual solo en situaciones excepcionales es permitido al deudor exonerarse de sus obligaciones contractuales.

En este sentido, afirmó el *Court of King's Bench*, en una decisión célebre proferida en el siglo XVII:

«cuando una parte a través de un contrato por si celebrado asume un deber o una carga, está vinculada a observarlo, si puede hacerlo, no obstante cualquier accidente inevitable, pues podría haberse prevenido contra el mismo por su contrato»⁵⁶.

En la misma línea fundamental de orientación, se observa en un manual contemporáneo sobre Derecho de los Contratos:

«Los empresarios en particular están preocupados en asegurar que las partes en el contrato se atengan a su negocio y que sean consentidas tan pocas posibilidades cuanto posible de sustraerse a las obligaciones contractuales. En general, el Derecho inglés es reticente a admitir justificaciones para el no cumplimiento»⁵⁷.

No sorprende, por eso, que en un estudio comparativo reciente sobre el régimen del cambio de circunstancias en el Derecho Europeo de los Contratos, coordinado por dos prestigiosos civilistas, se concluya a este propósito que «[la] idea de que un cambio de circunstancias puede, en sí mismo, llevar a la adaptación o al cese de una obligación contractual es desconocida de los Derechos inglés e irlandés»⁵⁸.

Algunas de las funciones desempeñadas por la base del negocio son, es cierto, llevadas a cabo en estos sistemas jurídicos por los institutos de la *frustration of purpose* y de la *impracticability*. No son insignificantes, sin embargo, las diferencias entre estas dos figuras y la primera.

Así, la *frustration* tiene lugar cuando un acontecimiento sobrevenido e imprevisto compromete el propósito fundamental de una de las partes al

55. Sobre el cual se puede ver la obra de David Parry, *The Sanctity of Contracts in English Law*, Londres, 1959.

56. Cf. *Paradine v. Jane*, [1647] 4 K.B. El contenido original del pasaje mencionado en el texto es el siguiente: «*when the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract*».

57. Cf. *Anson's Law of Contract*, 30.^a ed., Oxford, 2016, p. 8.

58. Cf. Ewoud Hondius/Hans Christoph Grigoleit (orgs.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge, 2011, p. 164.

celebrar el contrato, desde que ambas partes lo conocieran en el momento de la celebración⁵⁹.

El ámbito y los presupuestos de esta figura son mucho más restrictivos y rígidos que los de la base del negocio:

«*La frustration ocurre*», escribió Lord Radcliffe, «*siempre que el orden jurídico reconoce que, sin que exista incumplimiento de cualquiera de las partes, una obligación contractual se volvió imposible de ser ejecutada, porque las circunstancias en que su ejecución tendría lugar la transformarían en algo radicalmente diferente de aquello que fue acordado en el contrato. Non haec in foedera veni. No ha sido eso lo que prometí hacer*»⁶⁰.

59. La consagración jurisprudencial de la doctrina de la *frustration* remonta en Inglaterra al caso *Taylor v. Caldwell*, juzgado en 1863 por el High Court (Queen's Bench Division), [1863] 122 E.R. 309. El caso estaba relacionado con el alquiler de un inmueble para la realización de una serie de conciertos. Poco antes de la fecha prevista para ellos, el inmueble fue destruido por un incendio. Los arrendatarios demandaron los propietarios del inmueble por las pérdidas sufridas como consecuencia del mencionado incumplimiento por estos del contrato. En su opinión, el juez Blackburn sostuvo que la exigencia del inmueble era una *condición implícita* de la ejecución del contrato. Habiendo el mismo sido destruido sin culpa de cualquiera de las partes, ambas tendrían, por eso, quedado exentas de sus obligaciones. Para tanto, alegó aquel magistrado: «*There seems no doubt that where there is a positive contract to do a thing, not in itself unlawful, the contractor must perform it or pay damages for not doing it, although in consequence of unforeseen accidents, the performance of his contract has become unexpectedly burthensome or even impossible [...]. But this rule is only applicable when the contract is positive and absolute, and not subject to any condition either express or implied: and there are authorities which, as we think, establish the principle that where, from the nature of the contract, it appears that the parties must from the beginning have known that it could not be fulfilled unless when the time for the fulfilment of the contract arrived some particular specified thing continued to exist, so that, when entering into the contract, they must have contemplated such continuing existence as the foundation of what was to be done; there, in the absence of any express or implied warranty that the thing shall exist, the contract is not to be construed as a positive contract, but as subject to an implied condition that the parties shall be excused in case, before breach, performance becomes impossible from the perishing of the thing without default of the contractor*». Esta jurisprudencia fue posteriormente desarrollada en la decisión proferida en 1903 por el Court of Appeal inglés en uno de los célebres *coronation cases* suscitados por el aplazamiento de la coronación de Eduardo VII: Cf. *Krell v. Henry*, [1903] 2 K.B. 740. Los efectos de la *frustration* fueron mientras tanto regulados por el *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*. En cuanto al Derecho norteamericano, Cf., respecto a la *frustration*, o § 265 do *Restatement 2nd of Contracts*, según el cual: «*Where, after a contract is made, a party's principal purpose is substantially frustrated without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his remaining duties to render performance are discharged, unless language or circumstances indicate the contrary*».

60. «*[F]rustration occurs whenever the law recognizes that, without default of either party, a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract. Non haec in foedera veni. It was not this that I promised to do*». Cf. *Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C.*, [1956] 2 All E.R. 145. Se trataba, en el caso, de un contrato de obras cuya ejecución llevó 22 meses en vez de los ocho establecidos

El mero cambio sobrevenido del equilibrio financiero de una transacción que vuelva más costoso el cumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes («*hardship*»), no constituye, así, causa de *frustration*⁶¹. Lo que no debe sorprender, pues, como ha sido notado en la doctrina, la *hardship* es hija de la buena fe⁶² y ésta no encontró hasta el día de hoy gran reconocimiento en el Derecho inglés⁶³. La *hardship* es, así, en principio rechazada como causa de exoneración del deudor por el Derecho inglés; y la *frustration* cubre fundamentalmente las situaciones que en los sistemas romanistas integran el concepto de *imposibilidad superviniente* de la prestación⁶⁴.

Por otra parte, el efecto esencial de la ocurrencia de un *frustrating event* consiste en la exoneración («*discharge*») del deudor en virtud de su resolución («*termination*»). Puede aún tener lugar la restitución de importes recibidos y la compensación de gastos realizados⁶⁵. Tradicionalmente, sin embargo, los tribunales de los sistemas de *Common Law* se niegan a revisar los contratos debido a la ocurrencia de un cambio sobrevenido de circunstancias («*all or nothing rule*»)⁶⁶. También por esta vía, esos sistemas jurídicos buscan salvaguardar lo más posible la libertad contractual.

en el contrato, debido a la escasez de mano de obra y de materiales, de ahí resultando un coste para el contratista muy superior al del precio establecido. La Cámara de los Lores rechazó la pretensión del contratista de un pago adicional fundado en la excesiva onerosidad del contrato.

61. Véase, en este sentido, Cartwright, *Contract Law*, 2.ª ed., Oxford, 2013, p. 257; *Anson's Law of Contract*, p. 8.
62. Así, Denis Tallon, «Hardship», in Arthur Hartkamp y otros (orgs.), *Towards a European Civil Code*, 3.ª ed., Nijmegen, 2004, pp. 499 ss. (p. 503).
63. Lo que no impide –antes ha incentivado– la estipulación, sobre todo en los contratos internacionales, de cláusulas de *hardship*, con la finalidad de prevenir este tipo de situaciones. Cf. Mustapha Mekki/Martine Kloepfer-Pelèse, «Hardship and Modification (or “Revision”) of the Contract», in Arthur Hartkamp e outros (orgs.), *Towards a European Civil Code*, 4.ª ed., Alphen aan den Rijn/Nijmegen, 2011, pp. 651 ss. (pp. 667 s.).
64. Sea, para ejemplificar la distinción entre *hardship* y *frustration*, el caso *Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noble Thorl GmbH*, [1962] A.C. 93, juzgado por la Cámara de los Lores en 1962. El demandado se había obligado a transportar hasta Hamburgo, por vía marítima, una partida de castañas del Sudán, en noviembre o diciembre de 1956. A 2 de noviembre de 1956, las autoridades egipcias cerraron el Canal de Suez a la navegación marítima. El demandado podía, a pesar de ello, transportar las castañas en el plazo contractualmente definido, contornando el Cabo Buena Esperanza; pero esa ruta llevaría considerablemente más tiempo e implicaría costes sustancialmente superiores. Invocó por eso la *frustration* del contrato. La Cámara de los Lores rechazó, todavía, la alegación, por entender que sería, aun así, posible cumplir el contrato y que la mayor onerosidad del mismo para el deudor por sí sola no importaba la respectiva *frustration*.
65. Cf. el *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*, sección 1 (2) y (3).
66. Cf., con respecto al Derecho inglés, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 16.ª ed., Oxford, 2012, pp. 714 ss.; Cartwright, *Contract Law*, p. 259; Treitel, *Frustration and Force Majeure*, 3.ª ed., Londres, 2014; *idem*, *The Law of Contract*, 14.ª ed., Londres,

Además, la *frustration* solo opera, en general, como excepción al *enforcement* del contrato; no como causa de pedir independiente.

A su vez, la *commercial impracticability* (que es privativa del Derecho norteamericano) presupone la satisfacción cumulativa de tres requisitos, susceptibles de determinar la exoneración del deudor: *a*) La ocurrencia de una «contingencia», es decir, de un hecho inesperado; *b*) Que el riesgo de la ocurrencia de ese hecho no recaiga sobre una de las partes por fuerza del contrato o de los usos; *c*) Que la ocurrencia de ese hecho permita calificar el contrato como «comercialmente impracticable»⁶⁷.

Por sí solo, el coste adicional de la ejecución del contrato no constituye motivo de liberación del deudor de conformidad con esta doctrina, a excepción de que eso se deba a una contingencia imprevista que modifique la naturaleza de la prestación. Tampoco lo serán el aumento o el colapso de los precios de mercado, puesto que este es considerado precisamente como el tipo de riesgo empresarial que los contratos de precio fijo visan cubrir. Lo mismo no podrá decirse de la escasez grave de materias primas por motivo de una guerra, de un embargo, de la pérdida de una cosecha, del cierre imprevisto de fuentes de abastecimiento, o de cualquier hecho semejante que cause un aumento considerable del precio o impida el vendedor de realizar el suministro debido⁶⁸.

2015, pp. 1083 ss.; e *Anson's Law of Contract*, pp. 497 ss. Con respecto al Derecho de los Estados Unidos, Cf. *Murray on Contracts*, 3.^a ed., Charlottesville, 1990, pp. 655 ss.; y *Farnsworth on Contracts*, vol. II, 3.^a ed., Nueva York, 2004, pp. 650 ss.

67. En este sentido, véase la decisión proferida por el Supremo Tribunal de Nueva York en el caso *Maple Farms Inc. v. City School Dist.*, 352 N.Y.S.2d 784, interpretando el § 2-615 del *Uniform Commercial Code* norteamericano, en el cual se prevé que la demora o la omisión de la entrega de bienes vendidos no constituyen incumplimiento del contrato siempre que el cumplimiento se haya vuelto impracticable por la ocurrencia de «una contingencia cuya no verificación constituyera una presuposición básica del contrato» («*a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made*»). Considerando también el § 261 del *Restatement 2nd of Contracts*, que establece a este respecto: «*Discharge by supervening impracticability. Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary*». Para una aplicación de esta regla, véase la decisión proferida el 26 de abril de 1991 por el United States Court of Appeals of the Sixth Circuit en el caso *Karl Wendt Farm Equipment Co., Inc., v. International Harvester Co.*, 931 F.2d 1112, en la cual se juzgó que el hecho de que un agente comercial, confrontado con una «quiebra dramática» en el mercado de equipamiento agrícola, haya tenido que abandonar su actividad en ese dominio so pena de declarar quiebra, no justificaba la resolución unilateral del contrato de agencia con fundamento en *impracticability*, pues eso no correspondería al «probable entendimiento» entre las partes en cuanto a la distribución del riesgo contractual.
68. Cf. la nota 4 al § 2-615 del *Uniform Commercial Code*.

La orientación angloamericana en esta materia, al rechazar la modificación de los contratos en caso de cambio de circunstancias y al solo admitir la exoneración del deudor en caso de *frustration* o de *impracticability*, introduce, como es evidente, un elemento de rigidez en el sistema contractual, que puede, como ya se ha indicado, conducir a resultados injustos⁶⁹.

IV. ORIGEN DE LA DIVERSIDAD DE LAS SOLUCIONES NACIONALES EN CUANTO A ESTA MATERIA

No es extraña a la relativa insensibilidad de los sistemas de *Common Law* a este tipo de preocupaciones, por contraste con los de *Civil Law*, por una parte, la singular experiencia histórica de aquellos primeros sistemas –mucho menos marcada por el fenómeno de la hiperinflación que afectó a Alemania y otros países del continente europeo en el primer posguerra y los países sudamericanos en el último cuarto del siglo XX–; y, por otra parte, la circunstancia de que su Derecho Contractual ha sido fundamentalmente configurado y moldeado por la jurisprudencia de los tribunales ingleses, en la cual se destaca especialmente la preocupación en preservar la seguridad del tráfico jurídico. Se funda también en ella la idea de responsabilidad objetiva («*strict liability*») por el incumplimiento contractual.

Pero la diversidad de regímenes aquí identificada radica, en último análisis, en una diferencia conceptual: a la *concepción social* del contrato acogida por el Derecho alemán, que postula, como se ha dicho, un cierto equilibrio de las prestaciones contractuales, a falta de lo cual se permite al tribunal interferir en la regulación de intereses operada por las partes para reponerlo, corresponde en los sistemas de *Common Law* una *concepción liberal*, que toma como paradigma el contrato mercantil y pone el acento tónico en la libertad de las partes de autorregular ellas mismas sus intereses, velando si necesario posibles cambios de circunstancias y proveyendo a las respectivas consecuencias. Se evidencian aquí las diferentes *ideologías del contrato*, como alguien les llamó⁷⁰, que prevalecen en los sistemas jurídicos en cuestión. De ahí, aún más, la dificultad de armonizarlos en cuanto a este punto.

69. Lo admite, por ejemplo, Raymond Youngs, *English, French & German Comparative Law*, 3.^a ed., Londres/Nueva York, 2014, p. 673.

70. Cf. John N. Adams/Roger Brownsword, «The Ideologies of Contract», *Legal Studies*, 1987, pp. 205 ss.

V. LAS CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES Y SUS LÍMITES

1. Lo expuesto hasta aquí evidencia la importancia de la elección de la ley aplicable a los contratos internacionales, hoy ampliamente admitida por los sistemas jurídicos nacionales (salvo, en el mundo de la lengua portuguesa, por Brasil⁷¹) y por los instrumentos internacionales de Derecho Internacional Privado⁷².

De hecho, la opción por el Derecho inglés, americano o de otro sistema de *Common Law* importa, cuando no exista estipulación expresa en ese sentido, la inadmisibilidad de la modificación o resolución del contrato por el tribunal en caso de cambio de circunstancias de que resulte mayor onerosidad de la prestación a cargo de una de las partes; mientras que la opción por uno de los sistemas romanistas, especialmente los de lengua portuguesa, importa, al contrario, la posibilidad de esa resolución o modificación.

Tiene interés subrayar, con respecto a esto, que de acuerdo con una estadística publicada por la Cámara de Comercio Internacional, en un 79,8% de los contratos que dieron origen a litigios sometidos a arbitraje en esta institución, las partes eligieron el Derecho aplicable al mérito de la causa. El Derecho inglés fue el más frecuentemente elegido (en un 11,9% de los casos), seguido del suizo (10,2%), del alemán (7,2%), de los Derechos norteamericanos (7,1%), en especial el de Nueva York, y del francés (6,7%)⁷³.

Es, así, de suponer que las partes valoren la estabilidad de los contratos internacionales proporcionada por el Derecho inglés. Pero esa opción

71. En Brasil subsiste, de hecho, un régimen singularmente restrictivo en cuanto a la posibilidad de elección por las partes de la ley aplicable al contrato internacional, puesto que la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño no la refiere en el art. 9, que manda antes aplicar a las obligaciones la ley del país donde se constituyan. Cf. sobre el tema, por último, Maristela Basso, *Curso de Direito Internacional Privado*, 5.ª ed., São Paulo, 2016, pp. 271 ss.

72. Con destaque, cuanto a estos últimos, para los *Principios sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales*, adoptados en 2015 por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado («*Princípios da Haia*», disponibles en <https://www.hcch.net>). Para un confronto de los Principios de la Haya con el régimen brasileño, véase Nadia de Araújo/Lauro Gama Jr., «A escolha da lei aplicável aos contratos do comércio internacional: os futuros Princípios da Haia e perspectivas para o Brasil escritório permanente da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado», *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2012, pp. 11 ss.

73. Cf. *International Court of Arbitration Bulletin*, 2008, pp. 5 ss. Más recientemente, la preferencia de la *praxis* contractual internacional por el Derecho inglés y por el Derecho suizo fue confirmada por el estudio de Gilles Cuniberti, *The International Market for Contracts. The Most Attractive Contract Laws*, Luxemburgo, 2014.

comporta riesgos no desdeñables en una época de crisis económica mundial como la presente, en la medida en que una de las partes se puede quedar, al menos aparentemente, vinculada a un contrato que deviene de forma sobrevenida como lesivo, sin la posibilidad de invocar relativamente al mismo el cambio anormal de las circunstancias en que contrató.

2. En la Unión Europea, la elección de la ley aplicable a los contratos internacionales se rige hoy fundamentalmente por lo establecido en el Reglamento n.º 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales («Roma I»), cuyo art. 3, n.º 1, establece:

«El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato».

Se acogió así el *principio de la autonomía de la voluntad* en Derecho Internacional Privado, con larga aceptación en los sistemas jurídicos nacionales y en los instrumentos internacionales relativos a esta disciplina⁷⁴.

Esa autonomía no es todavía –importa subrayarlo– concebida como una *facultad ilimitada* de elección por las partes de la ley aplicable al contrato internacional, ni la aplicación de esta ley está sustraída a ciertos límites.

Así, cuando el contrato presente todas sus conexiones con un único ordenamiento jurídico en el momento de la respectiva celebración se reconoce que, para prevenir situaciones de *fraude a la ley*, las normas imperativas de este ordenamiento deben aplicarse independientemente de la elección por las partes de la ley de un tercer país.

En este sentido, el n.º 3 del art. 3 del Reglamento (denominado, por esa razón, «*anti-evasion provision*»⁷⁵) establece lo siguiente:

«Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley

74. Cf., sobre ese principio, en la literatura más reciente, Jürgen Basedow, *The Law of Open Societies. Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, Haia, 2015, pp. 115 ss.; *idem*, «Theory of Choice of Law and Party Autonomy», in Diego P. Fernández Arroyo/José Antonio Moreno Rodríguez (orgs), *Contratos internacionales*, Buenos Aires, 2016, pp. 16 ss.

75. Así, con referencia a la Convención de Roma, Peter Kaye, *The New Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot, etc., 1993, p. 162.

se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo».

Bien se comprende que sea así. Como comentó el Profesor António Ferrer Correia sobre la disposición homóloga del Convenio de Roma de 1980 Sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales⁷⁶:

«Conceder a las partes la facultad de elegir la ley aplicable no es lo mismo que colocar su voluntad por encima de la ley. La voluntad privada no es fuente originaria de derecho: solo puede surtir los efectos a que una norma o principio de derecho como tal reconocido dé sanción».

Si, por consiguiente, un contrato se integra exclusivamente en un determinado sistema jurídico, si todas las conexiones relevantes lo conectan a un único país, natural es que deba conformarse con las reglas imperativas integrantes de dicho ordenamiento jurídico. Puede seguramente una regla de Derecho Internacional Privado conceder a las partes, incluso en ese caso, la posibilidad de elegir una ley extranjera para regirlo; pero esa elección tiene necesariamente que respetar dichas reglas imperativas, de forma que a las partes no les es dado apartarse de tales disposiciones imperativas mediante la simple elección de una ley extranjera.

3. En el caso *Banco Santander Totta S.A. v. Companhia Carris de Ferro de Lisboa S.A. and Others*, que citamos en primer lugar, fue determinante del resultado a que llegó el *Commercial Court* inglés en la sentencia proferida a 4 de marzo de 2016, la consideración de que las reglas del Derecho portugués sobre el cambio de las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar no eran aplicables al caso, puesto que este era regido por el Derecho inglés; y de que el art. 3, n.º 3, del Convenio de Roma (en vigor, tanto en Portugal como en Reino Unido, al tiempo de la celebración de los contratos) no imponía, en el caso, su aplicación.

Esto porque, según el tribunal, la situación no se encontraba exclusivamente vinculada o conexas con el Derecho portugués, como lo presupondría ese precepto para que caso de ser así fuesen de aplicación las disposiciones imperativas de la ley portuguesa; a juicio del tribunal concurrían en el supuesto *elementos de internacionalidad* que excluían su subsunción al art. 3, n.º 3, a saber: *a)* La internacionalidad del mercado de *swaps* en que los contratos habían sido celebrados; *b)* La posibilidad del

76. Cf. «Algumas considerações acerca da Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contractuais», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 1990, ano 122.º, pp. 289 ss. (p. 291).

banco demandante ceder su posición contractual a otro banco perteneciente al mismo grupo, y c) La circunstancia del banco demandante de haber celebrado contratos con otras entidades bancarias, ubicadas fuera de Portugal, con el propósito de limitar sus riesgos derivados de los *swaps* realizados con las empresas de transportes.

En todo caso, el tribunal reconoció que si el Derecho portugués fuera aplicable, las empresas de transportes tendrían derecho a resolver siete de los nueve *swaps* que habían celebrado, con fundamento en el cambio de circunstancias, sin perjuicio del poder del tribunal para ejercer su poder de modificar los términos de esos *swaps*.

Esta decisión fue confirmada por el *Court of Appeal* inglés, el 13 de diciembre de 2016. En una decisión relatada por Sir Terence Etherton, *Master of the Rolls*, la cual tuvo la concordancia de los dos otros jueces que intervinieron en el juicio de la apelación; aquel tribunal afirmó, en síntesis, que el art. 3, n.º 3, del Convenio de Roma constituye una excepción al principio general de la libertad de elección por las partes de la ley aplicable al contrato, la cual debe, por consiguiente, ser interpretada restrictivamente. La indagación a llevar a cabo para determinar la aplicabilidad de aquel precepto debe, por eso, orientarse, según este tribunal, en el sentido de averiguar la existencia de elementos de internacionalidad en la situación *sub judice*, que excluyan su carácter puramente interno o «doméstico». Se indica a este respecto, en el § 57 de la decisión:

«Estoy de acuerdo con la conclusión del Juez (en el párrafo [404]) que la encuesta prevista en el Artículo 3(3) incluye elementos que apunten directamente de una situación puramente nacional hacia una situación internacional».

En este caso, los elementos de internacionalidad relevantes serían, según la valoración interpretativa del tribunal, la utilización del *Master Agreement* de la International Swaps and Derivatives Association (ISDA), la celebración de los contratos en el mercado internacional de derivados, la transferibilidad de los *swaps* a un banco no portugués y el *hedging* llevado a cabo por el banco demandante con bancos extranjeros. En consecuencia, el art. 437 del Código Civil portugués no sería aplicable al caso.

La apelación interpuesta de la decisión del *Commercial Court* por las empresas de transportes portuguesas fue, por consiguiente, rechazada.

Esta decisión maximiza la libertad de las partes de elegir la *lex contractus*, la cual se aplicará exclusivamente, según el tribunal, incluso en situaciones

como la de los autos en que no era posible identificar cualquier conexión con un sistema jurídico distinto del país donde el contrato fuera celebrado, donde ambas partes que lo celebraron estaban establecidas y donde era debido su cumplimiento –en otras palabras, en situaciones en que *ningún conflicto de leyes en el espacio se verifique*–.

Ello suscita la cuestión o el debate en torno a su conformidad con el compromiso que los redactores del Convenio de Roma han buscado establecer en el art. 3, n.º 3, entre las posiciones maximalistas de la autonomía de la voluntad en Derecho Internacional Privado (protagonizadas por los expertos británicos que intervinieron en su negociación, sustentando la admisión de la elección de la ley incluso en situaciones sin conexiones con más de un país) y las orientaciones más restrictivas de ella (que excluyen esa elección en todas las situaciones desprovistas de elementos de extranjería)⁷⁷.

En cuanto a los contratos de *swap*, la presente jurisprudencia significará, si fuera exitosa y se asentase o confirmase, que en prácticamente ningún caso les será aplicable el art. 3, n.º 3, del Convenio de Roma (o del Reglamento de Roma I, que le sucedió), puesto que la gran mayoría de esos contratos es celebrada con referencia al contrato-tipo de ISDA e incluye instituciones financieras internacionales que se reservan, como regla general, el derecho de ceder a terceros las respectivas posiciones contractuales.

Interesa subrayar, en todo caso, que el mencionado entendimiento del *Court of Appeal* inglés está lejos de ser pacífico, incluso en los tribunales ingleses. Este entendimiento está, de hecho, en aparente contradicción con lo que fuera anteriormente decidido en el caso *Dexia Credip SpA v. Comune di Prato*⁷⁸, juzgado en 2015 por el *Commercial Court* inglés, en el que el juez Walker afirmó:

«Durante el periodo relevante todo lo que fuera relevante para el uso del formulario ocurrió en Italia. En cuanto a la decisión de Dexia, en cada caso, de elegir una contraparte no italiana para su “back to back hedging swap”, no me parece ser un elemento relevante para la situación entre Prato y Dexia. El hecho de que Dexia haya hecho um “hedging swap” es algo que solo le interesa a Dexia: para Prato es irrelevante. No se preveía que una entidad no italiana asumiera obligaciones de cualquiera de las partes. La opción de Dexia de utilizar una contraparte no italiana es algo que es totalmente

77. Cf. Mario Giuliano/Paul Lagarde, «Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, serie C, n.º 282, de 31 de octubre de 1980, pp. 1 ss. (p. 18).

78. [2016] EWHC 2824 (Comm) (disponible en <http://www.bailii.org>).

exterior a la “situación” en el momento en que se acordó la aplicación de la ley. / Por estas razones puedo concluir que ninguna de las objeciones de Dexia sea válida. En consecuencia, Prato puede invocar las disposiciones de la ley italiana, puesto que son “reglas imperativas” a los fines del artículo 3(3) de la Convención de Roma»⁷⁹.

El problema de la interpretación del art. 3, n.º 3, del Convenio de Roma así como de la disposición correspondiente del vigente Reglamento de Roma I que así se suscita, tendrá, en definitiva, que ser decidida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que tiene la competencia para interpretar los actos jurídicos en cuestión⁸⁰.

VI. LAS CLÁUSULAS DE *HARDSHIP*

1. La articulación entre las cláusulas de elección de la ley aplicable y las normas imperativas de los ordenamientos conexos con los contratos internacionales es, a la luz de lo que hemos dicho hasta aquí, potencialmente generadora de alguna incertidumbre en cuanto a la susceptibilidad de revisión o resolución de los mismos por cambio sobrevenido de las circunstancias en que fueron celebrados. De ahí la importancia que asumen en este contexto las cláusulas dichas de *hardship*⁸¹. Éstas figuran frecuentemente asociadas a la elección del Derecho inglés y atenúan así la rigidez de este último en la materia en análisis.

Cabe así analizar, por ejemplo, la cláusula-tipo de *hardship* de la Cámara de Comercio Internacional⁸², cuyo contenido es el siguiente:

«[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

79. Cf. los §§ 211 y siguiente de la sentencia.

80. Cf., en cuanto al Convenio de Roma, los Protocolos relativos a su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, hechos en Bruselas el 19 de diciembre de 1988 y republicados en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie C, n.º 334, del 30 de diciembre de 2005, pp. 1 ss.

81. Cf. Bruno Oppetit, «L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de “hardship”», *Clunet*, 1974, pp. 794 ss.; Marcel Fontaine, «Les clauses de hardship (aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats à long terme)», *Droit et pratique du commerce international*, 1976, pp. 7 ss.; e Aldo Frignani, «La *hardship clause* nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di *civil* e di *common law*», *Rvista di Diritto Civile*, 1979, pp. 680 ss.

82. Cf. *ICC Hardship Clause 2003*, Paris, 2003.

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».

Esta cláusula prevé, en síntesis, la obligación de las partes de volver a negociar el contrato cuando su ejecución se muestre *excesivamente onerosa* en virtud de un evento razonablemente imprevisible en el momento de la celebración del contrato. Se confiere a la parte que demuestre esa circunstancia la facultad de resolver el contrato en caso de falta de acuerdo sobre la revisión del mismo; pero no le está permitido recurrir, con este fin (salvo, evidentemente, si existir estipulación expresa en ese sentido), a los tribunales competentes. Lo que evidencia que el reconocimiento a éstos del poder de adaptación de los contratos en caso de cambio de circunstancias está lejos de constituir una solución consensuada o aceptada de forma generalizada en el Derecho de Comercio Internacional⁸³.

2. El Derecho portugués no acoge específicamente, como se ha analizado anteriormente, un deber de renegociar el contrato en caso de cambio de circunstancias; pero nada impide a las partes de estipularlo, especialmente a través de la inclusión en el mismo de una cláusula de *hardship*⁸⁴.

En efecto, la estipulación de tal obligación o deber es un *plus* relativamente a lo que el art. 437 del Código Civil establece. Pero eso no pone en crisis el carácter imperativo de este precepto, que tan solo no consiente la exigencia

83. En este sentido, Hannes Rösler, est. cit.; y Daniel Girsberger/Paulius Zapolskis, «Fundamental alteration of the contractual equilibrium under hardship exemption», *Jurisprudence*, 2012, pp. 121 ss. Vide también, sobre el punto, Luís de Lima Pinheiro, «Cláusulas típicas dos contratos do comércio internacional», in *eisudem* (org.), *Estudos de Direito Comercial Internacional*, Coimbra, 2004, pp. 239 ss. (pp. 247 ss.).

84. Cf. António Pinto Monteiro/Júlio Gomes, «Rebus Sic Stantibus – Hardship Clauses in Portuguese Law», *European Review of Private Law*, 1998, pp. 319 ss.; *idem*, «A “Hardship Clause” e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento)», in M. Afonso Vaz/J.A. Azeredo Lopes (orgs.), *Juris et de jure. Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP Porto*, Porto, 1998, pp. 17 ss.

de las prestaciones debidas con arreglo al contrato cuando tal se muestre contrario a la buena fe. Dicha estipulación debe, por ello, considerarse admisible de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad. A falta de tal estipulación, se podrá aun así deducir ese deber, al menos en las relaciones contractuales duraderas, del principio de la buena fe (art. 762, n.º 2, del Código Civil)⁸⁵.

También en Brasil se admite la validez, de conformidad con el principio de la autonomía privada, de la cláusula contractual que determine la obligación de renegociar en vista a un evento considerado como fuente de *hardship*⁸⁶.

VII. LA RELEVANCIA DEL ARBITRAJE

A menudo, las cláusulas de *hardship* están asociadas a convenciones o acuerdos de sometimiento a arbitraje, que confieren a árbitros el poder de adaptar el contrato a nuevas circunstancias en situaciones de falta de acuerdo entre las partes a este respecto.

Esta opción, hoy ampliamente admitida por los Derechos nacionales⁸⁷, presenta diversas ventajas. Entre ellas sobresale el hecho de que el arbitraje internacional de alguna manera *mitiga las discrepancias* entre las leyes nacionales: puesto que los árbitros no deciden a nombre de determinado Estado, la sentencia arbitral no refleja necesariamente cierta concepción nacional sobre el contrato y la relevancia del cambio de las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar.

85. Cf., sobre el punto, Júlio Gomes, «Cláusulas de Hardship», in *Contratos: Atualidade e evolução*, Porto, 1997, pp. 167 ss. (pp. 202 ss.); y Menezes Cordeiro, *Tratado*, vol. VI, 2.ª ed., Coimbra, 2012, p. 568, admitiendo «a cominação, *ex bona fide*, de um dever de negociar, com vista ao acompanhamento das realidades».

86. En este sentido Judith Martins-Costa, «A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração», *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2010, pp. 11 ss. (p. 22).

87. En Portugal, por ejemplo, los árbitros pueden actualizar y revisar los contratos cuando las partes les confíen esa función: ver el art. 1, n.º 4, de la Ley del Arbitraje Voluntario de 2011 y, sobre esa disposición, António Menezes Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, Coimbra, 2015, pp. 95 ss.; y Dário Moura Vicente (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, 2017, pp. 31 ss. Otro tanto sucede en los Países Bajos: Cf. el art. 1020, n.º 4, (c), del Código Procesal Civil, en la redacción dada en 2014, según el cual: «Parties may also agree to submit the following matters to arbitration: (c) the filling of gaps in, or modification of, the legal relationship between the parties referred in paragraph (1)». Pero esa posibilidad ha también sido admitida en sistemas jurídicos que no la contemplan expresamente en la ley, al menos cuando a este respecto se suscite un litigio entre las partes: en este sentido, Fouchard/Gaillard/Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, p. 33.

Por otra parte, los árbitros pueden decidir según la equidad, o como *amiabiles compositeurs*, cuando autorizados a ello por las partes⁸⁸, lo que tiene especial relevancia cuando se pretenda asegurar la continuidad de las relaciones comerciales entre las partes.

En Brasil, la opción por el arbitraje implica aún el reconocimiento a las partes de la facultad de elegir reglas de Derecho aplicables al mérito de la causa, que como vimos no existe en los litigios sometidos a los tribunales estatales⁸⁹.

A lo que hay que añadir, evidentemente, la posibilidad de obtener el reconocimiento transfronterizo de la sentencia arbitral de los instrumentos internacionales que se ocupan de la materia, con destaque para la Convención de Nueva York.

Más dudosa es la cuestión de saber si los árbitros pueden adaptar el contrato a nuevas circunstancias en los casos en que las partes no les hayan conferido expresamente ese poder. La jurisprudencia arbitral se muestra cautelosa en esta materia⁹⁰.

Cuando, por ejemplo, un banco paquistaní, que faltara al cumplimiento de las obligaciones derivadas de una garantía que prestara a favor de una empresa indiana, invocó la aplicabilidad del principio *rebus sic stantibus* en un arbitraje por esta contra él instaurada en la *Cour d'arbitrage* de la Cámara de Comercio Internacional con fundamento en el conflicto armado que

88. Como prevén, por ejemplo, el art. 39, n.º 3, de la Ley portuguesa de Arbitraje Voluntario (que establece: «*No caso de as partes lhe terem confiado essa missão, o tribunal pode decidir o litígio por apelo à composição das partes na base do equilíbrio dos interesses em jogo*») y el art. 1512 del Código Procesal Civil francés (según el cual: «*Le tribunal arbitral statue en amiable composition si les parties lui ont confié cette mission*»).

89. Cf. la Ley del Arbitraje de 1996, que establece en el art. 2, § 1.º: «*Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública*».

90. En este sentido, véase Frederick R. Fucci, que escribe: «*It should be emphasized that the commentary available tends to be more receptive to claims of hardship than arbitral tribunals and national courts are in actual disputes, as an analysis of published awards shows. There is a fair amount of commentary written by law professors or proponents of harmonization of national laws who find the concept of contractual balance theoretically appealing and promote the idea of adjustment by neutral parties to reflect changed circumstances in order to ensure the viability of long-term contracts. International business people and legal practitioners find this prospect much less appealing, of course*». Cf. *Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts. Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance*, Nova Iorque, 2006, p. 23 (disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html>).

había estallado entre la India y el Paquistán y la legislación de emergencia adoptada por ambos países, el árbitro único declaró⁹¹:

«En general, deberíamos quedarnos particularmente reacios en aceptar [la doctrina rebus sic stantibus] cuando no exista cualquier laguna en el contrato y cuando la intención de las partes haya sido claramente expresada, como ocurrió en la Garantía Bancaria. Se exige precaución, además, en las transacciones internacionales en las cuales es mucho menos probable que las partes no hayan estado conscientes del riesgo de una contingencia remota o no hayan podido formularla precisamente».

En otro caso, en que Argentina invocara, en un arbitraje contra sí misma instaurada por un inversor norteamericano, los efectos de la grave crisis económica y financiera que la afectara en 2002, el tribunal arbitral observó⁹²:

«Una crisis severa necesariamente no puede ser equiparada a una situación de colapso total. Y en la ausencia de condiciones tan profundamente serias queda claro que el tratado prevalecerá sobre cualquier invocación de necesidad [...] Tal como mencionado anteriormente, el Tribunal está convencido que la crisis de Argentina fue grave pero no resultó en un total colapso económico y social. Cuando la crisis de Argentina es comparada a otras crisis contemporáneas que afectan a los países de diferentes regiones del mundo, podemos darnos cuenta que esas otras crisis no llevaron a la derogación de obligaciones previstas en contratos y tratados internacionales. Han ocurrido renegociación, adaptación y aplazamiento pero la esencia de las obligaciones internacionales se quedó intacta».

En último análisis, la solución a dar a la cuestión mencionada arriba depende, en el arbitraje comercial internacional, de la interpretación del convenio de arbitraje y de lo establecido a este respecto en las leyes reguladoras del proceso arbitral y del mérito de la causa. Es, de hecho, desde luego necesario que en los poderes conferidos a los árbitros por el convenio de arbitraje se puedan considerar incluidos, puesto que solo implícitamente, los de adaptar (o resolver) el contrato ante un cambio de circunstancias ocurrido después de su celebración⁹³. Pero es necesario todavía que la *lex*

91. Sentencia proferida en el proc. 1512, parcialmente reproducida en Sigvard Jarvin/ Yves Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, Paris, etc., 1990, pp. 3 ss.

92. Cf. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8 (disponible en <https://www.italaw.com>).

93. Aunque no falten casos en que el tribunal arbitral consideró el convenio de arbitraje-modelo de la CCI suficiente para este fin, existen los que, en la doctrina, entiendan ser necesaria una previsión expresa en ese sentido: Cf. Craig/Park/Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3.^a ed., Nueva York, 2000, p. 115.

arbitri admita que esta materia pueda válidamente ser objeto de un arbitraje. Y hace falta también que la ley reguladora del fondo de la causa consienta esa adaptación o resolución, así como que los presupuestos establecidos en la misma se encuentren satisfechos en el caso⁹⁴. Se revelan aquí, con particular nitidez, todas las dificultades suscitadas por los conflictos de leyes en el arbitraje internacional⁹⁵.

VIII. LA DESIGNACIÓN DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

Otra forma de evitar la incertidumbre derivada de la diversidad de las leyes nacionales en materia de cambio sobrevenido de circunstancias consiste en la designación de reglas o principios comunes a esas leyes. Tal es el propósito esencial de los denominados *Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales*⁹⁶, que de alguna forma buscan establecer un puente entre las tradiciones jurídicas examinadas anteriormente.

Se ocupan de esta materia los arts. 6.2.1 a 6.2.3 de ese texto, relativos a la *hardship*⁹⁷. El primero de estos preceptos empieza por declarar que las partes están vinculadas al cumplimiento de sus obligaciones, aunque la ejecución de ellas se haya vuelto más onerosa⁹⁸. Se reserva sin embargo la ocurrencia de *hardship*, que el art. 6.2.2 define como la situación en que 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 en que, además, estén satisfechos los siguientes requisitos: *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

94. Cf., sobre el tema, Klaus Peter Berger, «Power of arbitrators to fill gaps and revise contracts to make sense», *Arbitration International*, 2001, pp. 1 ss.; Lima Pinheiro, *Arbitragem transnacional*, Coimbra, 2005, pp. 112 ss. y 218; Christoph Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles. Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2009.

95. De los cuales nos hemos ocupado en *Da arbitragem comercial internacional. Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra, 1991.

96. Cf. International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Roma, 2010.

97. Sobre los cuales puede verse Joseph M. Perillo, «Force Majeure and Hardship Clauses under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts», *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1997, pp. 5 ss.

98. «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*)».

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.

En caso de *hardship*, la parte perjudicada puede, según el art. 6.2.3, reclamar la renegociación del contrato. A falta de acuerdo sobre esta dentro de un plazo razonable, cualquiera de las partes puede someter la cuestión al tribunal. Éste, en caso de que concluya por la ocurrencia de *hardship*, puede, si lo considera razonable, resolver el contrato o adaptarlo con miras a restablecer el equilibrio de las prestaciones.

Evidentemente, se ha ido en estas disposiciones muy allá de lo que los sistemas de *Common Law* consienten en las situaciones aquí contempladas⁹⁹. Están lejos de representar, por eso, un *ius commune* internacional. Pero, como expresión de un cierto consenso en cuanto a las *best rules* para el comercio internacional, no deja de ser muy relevante el valor persuasivo de los preceptos mencionados en la resolución de las cuestiones suscitadas por el cambio de circunstancias en materia de contratos comerciales internacionales.

Los *Principios UNIDROIT* pueden, además, como se refiere en su preámbulo, ser objeto de una designación por las partes para que se apliquen a esos contratos. No quizá en el sentido de que constituyan, por sí solos, el *estatuto contractual*, pero antes con el alcance de ser *incorporados por referencia* en el contrato, aplicándose, por lo tanto, sin perjuicio de la ley elegida por las partes o supletoriamente indicada por las reglas de conflictos del Estado del fuero¹⁰⁰.

99. En este sentido, Hannes Rösler, «Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law», *European Review of Private Law*, 2007, pp. 483 ss., que escribe a este respecto: «it is questionable if the solution found in the UNIDROIT Principles really represents a common international understanding».

100. Sobre el tema, que no puede ser aquí profundizado, véase el nuestro *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2001, pp. 366 ss. En la literatura más reciente, consúltense en especial Carmen Vaquero López, «Autonomía de la voluntad y normas imperativas», in Sixto Sánchez Lorenzo (org.), *Derecho contractual comparado*, 3.^a ed., Madrid, 2016, t. II, pp. 89 ss.; Patricia Orejudo Prieto de los Mozos/Ricardo Rueda Valdivia, «Ley aplicable a los contratos internacionales», in *ibidem*, pp. 571 ss. (pp. 586 ss.); Diego P. Fernández-Arroyo, «The Growing Significance of Sets of Principles to Govern Trans-boundary Private Relationships», in UNIDROIT (org.), *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, vol. I, Roma, 2016, 251 ss.; Massimo Benedetelli, «Applying the UNIDROIT Principles in International Arbitration: An Exercise in Conflicts», *Journal of International Arbitration*, 2016, pp. 653 ss.; y Marie-Élodie Ancel/Pascale Deumier/Malik Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Paris, 2016, pp. 356 ss.

IX. EL PAPEL DE LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

1. Sobresale entre los requisitos exigidos por la ley portuguesa para la resolución o modificación de los contratos con fundamento en cambio de circunstancias, como se ha visto, la *contrariedad a la buena fe* de su mantenimiento en la respectiva configuración original. Esta es, como afirma Manuel Carneiro da Frada, «*la esencia del art. 437/1*»¹⁰¹.

El legislador portugués subordinó, de hecho, la modificación o resolución de contratos con fundamento en cambio superveniente de circunstancias a la condición de que la exigencia de las obligaciones asumidas por una de las partes *afecte gravemente los dictámenes de la buena fe*.

Entre estos últimos se incluye, como se ha indicado anteriormente, el *deber de actuación leal, honesta y razonable* por parte de los contratantes, tanto en los preliminares como en la celebración del contrato como en la ejecución de las obligaciones derivadas del mismo; o, en otra formulación, el *deber de consideración por los derechos, bienes jurídicos e intereses legítimos de la otra parte*.

Se requiere así, para que el tribunal pueda decretar la resolución o modificación del contrato por cambio de circunstancias, que la exigencia a una de las partes del cumplimiento de las obligaciones por sí asumidas se muestre contraria a esos deberes.

No será difícil identificar algunas de las situaciones en que típicamente ocurre ese requisito: se trata especialmente de las posibilidades en que, debido al *grave desequilibrio entre las prestaciones* a cargo de cada una de las partes o de la *onerosidad excesiva de la prestación* debida por una de las, originadas en el cambio de circunstancias, la exigencia de su cumplimiento configure –sea por el sacrificio desproporcionado que tal importaría para la parte agravada, se por los beneficios injustificables que de ahí extraería la otra– una conducta *desleal, deshonesto o irrazonable*.

Como refiere Pedro Pais de Vasconcelos¹⁰², el mecanismo del artículo 437 «debe funcionar en los casos en que la perturbación de la justicia contractual sea tal que una persona de bien, seria y honesta –una persona de buena fe– se abstendría de exigir el cumplimiento rígidamente y sin atender a la modificación ocurrida. La buena fe impediría, en esas circunstancias, la exigencia del cumplimiento. Quiere esto decir que es necesario que el

101. «Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias. Contratos de depósito vs. Contratos de gestão de carteiras», cit., p. 679.

102. *Teoria geral do Direito Civil*, 7.^a ed., Coimbra, 2012, pp. 321 s.

cambio de las circunstancias haya provocado una perturbación de la justicia contractual, una injusticia, tan grave que ninguna persona de bien, de buena fe, persistiría en la exigencia del cumplimiento, de una forma rígida y sin consideración de la injusticia que pueda haberse producido».

La exigencia de una obligación asumida por la contraparte será, así, contraria a la buena fe, por ejemplo, en caso de que dé origen al enriquecimiento sin causa de una de las partes por cuenta de otros o si el sacrificio impuesto a una de las partes no se justifica por un interés legítimo de la otra.

El art. 437 del Código Civil portugués constituye, por lo expuesto anteriormente, una *concretización, en el dominio particular al que se refiere, del principio general de la buena fe*¹⁰³.

El ordenamiento jurídico portugués, al igual que otros que visiblemente lo han inspirado –entre los cuales sobresale el alemán¹⁰⁴– subordina en esta medida las relaciones entre los contratantes a un *principio ético*, que refleja un elevado grado de exigencia en cuanto a las conductas de los sujetos contractuales en las distintas etapas de la relación entre ellos establecida¹⁰⁵.

Principio ese que es un *elemento estructural* del sistema jurídico –para algunos incluso el *eje* de éste–, con proyecciones en las más diversas áreas¹⁰⁶.

Existe, de hecho, como refiere Menezes Cordeiro, «un sistema en los ordenamientos jurídicos de la actualidad, traducido por la preocupación científico-cultural de descubrir una unidad figurativa y ordenadora o un hilo conductor que reúna los diversos institutos que la historia colocó en los espacios jurídicos de nuestros días. Ese sistema tiene exigencias que se mantienen, de forma continua –aunque con efectos y configuraciones muy variables– en los diversos puntos dónde el Derecho debe intervenir. / La buena fe tiene justamente ese papel: ella traduce, hasta los confines de la

103. Expresamente en este sentido António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, vol. I, cit., p. 967.

104. Véase el § 241 (2) del BGB, añadido a este diploma legal en 2002, según del cual: «La relación obligacional puede, en razón de su contenido, vincular a cada una de las partes a llevar en cuenta los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte» («Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten»).

105. Sobre la buena fe como principio ético-jurídico, *vide*, por muchos, Karl Larenz, *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*, traducción española, por Luis Díez-Picazo, Madrid, 1985, pp. 90 ss.

106. Véase António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, 1985, pp. 17 ss.; e *Tratado*, vol. I, cit., pp. 958 ss.; y, con respecto al Derecho brasileño, Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, cit., pp. 43 y 270.

periferia, los valores fundamentales del sistema; y aporta, hacia el núcleo del sistema, las necesidades y soluciones sentidas y encontradas en esa misma periferia»¹⁰⁷.

La buena fe constituye, por otras palabras, una *norma general del ordenamiento*, aplicable directamente en todos los subconjuntos que lo integran, aunque con especificidades en cada uno de ellos¹⁰⁸.

En esto se diferencian los Derechos portugués, brasileño y otros de la familia romano-germánica del Derecho inglés y, de una forma general, de la mayoría de los sistemas dichos de *Common Law*. Es, en verdad, extraño a estos un principio general de actuación según la buena fe, tanto en los preliminares como en la ejecución de los contratos.

Por una parte, porque no hacen recaer sobre las partes, durante el periodo de las negociaciones preparatorias y de la formación de los contratos, los deberes recíprocos de aclaración e información que la doctrina y la jurisprudencia de los países continentales hace mucho extraer del principio de la buena fe¹⁰⁹.

Así ha sido reconocido en una decisión de grande relieve proferida en 1992 por la Cámara de los Lores (entonces el Supremo Tribunal de Reino Unido) en el caso *Walford v. Miles*¹¹⁰, que rechazó de forma expresa la existencia en el Derecho inglés de un deber de negociar de buena fe y afirmó la libertad de las partes de romper las negociaciones a cualquier momento y por cualquier motivo, sin que tuvieran que quedar sujetas a cualquier deber de indemnizar.

En este sentido se apuntan en la doctrina inglesa, fundamentalmente, tres órdenes de razones: *a)* La reluctancia del Derecho inglés en operar con fundamento en principios generales y la preferencia de los magistrados británicos por hacer evolucionar el Derecho de caso a caso; *b)* La incertidumbre asociada a la dificultad de definir el concepto de buena fe, y *c)* La incompatibilidad del deber de actuar de buena fe con la naturaleza de la relación que existe entre las partes durante las negociaciones¹¹¹.

107. *Tratado*, cit., pp. 963 s.

108. En este sentido, con especial referencia al Derecho Público, Pedro Moniz Lopes, *Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa*, Coimbra, 2011, pp. 207 ss.

109. Véase, sobre el punto, con más desarrollos, el nuestro *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, pp. 274 ss.

110. [1992] 2 WLR 174.

111. Cf. John Cartwright, *Contract Law*, cit., pp. 71 ss.

Por otra parte, porque el Derecho inglés rechaza el mencionado principio en cuanto al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, el cual se sujeta antes a una regla de cumplimiento estricto («*strict enforcement*»). Es cierto que el Derecho inglés utiliza en ciertas situaciones un criterio de lealtad y razonabilidad («*fairness and reasonableness*») en la evaluación de los deberes a que han sido sometidos los contratantes; pero no existe en el mismo cualquier deber general de actuar en conformidad con ese criterio en la ejecución de las obligaciones contractuales¹¹².

2. Cabe formular ahora esta cuestión: ¿constituirá violación de la excepción de orden público internacional el reconocimiento de la sentencia proferida por un tribunal extranjero que rechace la resolución o modificación de un contrato con fundamento en el cambio de circunstancias, aunque se haya admitido expresamente en ella que estaban satisfechos todos los requisitos al efecto exigidos por la ley portuguesa?

La respuesta a esta pregunta presupone, a su vez, que se cuestione si la buena fe está entre los principios de tal forma esenciales al sistema jurídico que uno deba considerarlo irrenunciable incluso cuando se trate de situaciones juzgadas por un tribunal extranjero y de conformidad con una ley extranjera, oponiéndose por tanto ese principio al reconocimiento y a la ejecución de una sentencia que no lo aplique.

La respuesta a esta cuestión no puede, en nuestra opinión, dejar de ser positiva. Y ello básicamente por dos razones.

Primero, porque la buena fe está hoy día entre los *pilares fundamentales* de los ordenamientos jurídicos de los sistemas romanistas: se expresa en ella una determinada concepción sobre la forma de relación entre los sujetos contractuales en las varias fases de la vida del contrato, que refleja el *mínimo ético* en esas relaciones según esos sistemas. Si existe un principio, por consiguiente, que deba ser considerado en ellos como irrenunciable en cuanto (especialmente) a la formación, a la interpretación y a la ejecución de los contratos, es precisamente el de la buena fe.

Segundo, porque, al reconocer una sentencia extranjera que haya postergado ese principio –como sucedió en el caso inglés que hemos comentado en el que se rechazó la resolución o la modificación de un conjunto de contratos en una situación en que, según el propio tribunal *a quo*, el Derecho portugués las reclamaba indiscutiblemente– se estaría confiriendo efectos a una composición de intereses *ostensivamente contraria* a

112. En este sentido, véase John Cartwright, *Contract Law*, cit., p. 62.

ese principio, la cual manifiestamente repugna al sentimiento ético-jurídico prevaleciente en el mismo y no puede, por eso ser admitida.

El Derecho portugués y el Derecho inglés profesan, en cuanto a esta materia, por las razones que hemos mencionado anteriormente, orientaciones muy diversas; y no es tolerable que, por la circunstancia de haber sido un tribunal inglés a juzgar, en cuanto al fondo del litigio, determinado caso, pueda la concepción propia sobre la relación entre las partes contractuales que prosperó en Inglaterra –carente, como hemos visto, del *elemento ético* a que el Derecho portugués y otros sistemas jurídicos continentales hace mucho lo subordinan– imponerse en Portugal, dándose aquí ejecución a una sentencia en ella fundada.

Estaría así, además, abierta una vía procesal y sustantiva para evitar la observancia de los dictámenes de la buena fe: bastaría, al efecto, que una causa en que esta estuviera en juego fuera sometida a un tribunal extranjero que no lo respetara y que luego se pidiera el reconocimiento de la sentencia por el mismo proferida. Pues bien, semejante resultado no puede el ordenamiento jurídico tolerarlo, so pena de uno de los *principios fundamentales* sobre los que se basa quede de facto como *letra muerta*, incluso en causas que presenten todas o la mayoría de sus conexiones con el territorio nacional.

Las normas legales que acogen el principio de la buena fe como regla de conducta son, como escribimos en otro sitio¹¹³, irrenunciables por las partes. El principio es, así –como declara el art. 1104 del Código Civil francés en la redacción dada después de la reforma de 2016¹¹⁴– de *orden público*.

Sin embargo, éste solo interviene en las situaciones puramente internas y en situaciones internacionales que, según el Derecho de Conflictos del Estado del foro, estén sujetas al ordenamiento jurídico local¹¹⁵. Por el contrario, el *orden público internacional* opera en las situaciones internacionales como un límite a la aplicación de la ley extranjera en principio competente y al reconocimiento de las sentencias extranjeras¹¹⁶.

113. Cf. *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, cit., pp. 687 s.

114. Según el cual: «*Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public*».

115. Cf., por último, Núria Bouza Vidal, «La salvaguardia del orden público en los contratos internacionales: enfoque de derecho internacional privado y su adaptación en el derecho europeo», *InDret*, 2017/2, pp. 70 ss.

116. Sobre el orden público internacional, véanse, en la doctrina portuguesa más reciente, João Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, 2.ª ed., Coimbra, 1982, pp. 253 ss.; Rui de Moura Ramos, «L'ordre public international en droit portugais», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1998, pp. 45 ss.; António Ferrer Correia,

La caracterización de la buena fe como principio de orden público interno no es, así, por sí sola, suficiente para que la misma integre el orden público internacional. Estos dos conceptos forman como que circunferencias concéntricas, de las cuales la menor corresponde al segundo de ellos. El contenido de éste está formado por los *valores jurídicos fundamentales* de que determinado ordenamiento jurídico entiende no deber abdicar en las situaciones internacionales, aunque la ley competente para regularla sea una ley extranjera o que la causa haya sido legítimamente decidida por un tribunal extranjero¹¹⁷.

¿Será ese el caso del principio de la buena fe?

Creemos que sí. Este corolario del *honeste vivere* constituye, sin duda, una de las piedras angulares del orden jurídico portugués. En el Derecho de Obligaciones portugués –así como en los demás sistemas romanistas examinados anteriormente– son, como se ha visto, muy amplias y significativas sus consagraciones. En ellas se revela, por las limitaciones que introducen en la autonomía privada, la *orientación social* que inspira esos sistemas jurídicos y que los distingue de los de *Common Law*¹¹⁸.

Ante las reglas de fuente interna y europea que presentemente disciplinan en Portugal el reconocimiento de decisiones en materia civil y comercial¹¹⁹, éste debe, por consiguiente, ser negado a una sentencia

Lições de Direito Internacional Privado, Coimbra, 2000, pp. 405 ss.; Dário Moura Vicente, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, cit., pp. 677 ss.; y Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 3.ª ed., Coimbra, 2014, pp. 658 ss.

117. En esta línea general de orientación, véase Stéphanie Francq, in Ulrich Magnus/Peter Mankowski (orgs.), *Brussels I Regulation*, 2.ª ed., Munique, 2012, p. 658, que escribe, en anotación al art. 34, n.º 1, del Reglamento (CE) n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia civil y comercial («Bruxelas I»): «*It is only one particular aspect of public policy that comes into consideration under Art. 34(1), namely international public policy. This narrow concept does not cover all internal rules of public policy but only the core principles and values that cannot be derogated from, even for situations presenting foreign elements*».
118. En el sentido de que la buena fe y la susceptibilidad de revisión o resolución de contratos fundada en el cambio anormal de circunstancias, así como la prohibición de la usura, integran el *núcleo intangible* del orden jurídico portugués y, por consiguiente, el concepto de *orden público internacional del Estado portugués*, se pronunció también José de Oliveira Ascensão, en «Tribunal competente. Acção de simples apreciação negativa respeitante a sentença estrangeira violadora da ordem pública internacional portuguesa», *Colectânea de Jurisprudência*, t. IV (1995), pp. 22 ss.
119. Con destaque para los arts. 980, letra f), del Código Procesal Civil y 45, n.º 1, letra a), del Reglamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia civil y comercial («Bruxelas Ibis»).

extranjera que, aunque admitiendo la ocurrencia de un cambio anormal de las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar, no cubierto por los riesgos propios del contrato, de que haya resultado para una de ellas grave lesión patrimonial, rechaza la modificación equitativa y la resolución del contrato con ese fundamento, siempre que tal se muestre incompatible con el principio de la buena fe.

X. CONCLUSIÓN

La crisis que afectó la economía mundial en la última década ha puesto en relieve los problemas planteados por el cambio anormal de las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar. Los regímenes jurídicos nacionales relativos a esta materia difieren, sin embargo, sustancialmente entre sí, en lo que se revelan las distintas concepciones sobre el contrato y su función social que les están subyacentes.

Esa diversidad de regímenes es, inevitablemente, fuente de inseguridad en el comercio internacional. Pero las partes en los contratos internacionales disponen de diversos instrumentos que les permiten mitigar este problema. Entre ellos se destacan los acuerdos de elección de la ley aplicable, las cláusulas de *hardship*, los convenios o acuerdos de arbitraje que confieren a los árbitros el poder de adaptación de los contratos de prestaciones duraderas a nuevas circunstancias y la designación de las reglas o principios comunes a distintos sistemas jurídicos.

Como *ultima ratio*, el Derecho Internacional Privado faculta a los interesados la posibilidad de invocar la excepción de *orden público internacional* a fin de impedir los resultados más injustos de la aplicación de leyes extranjeras o del reconocimiento de sentencias extranjeras. Se integra indiscutiblemente en ella, como elemento clave de los sistemas jurídicos romano-germánicos, la *buena fe*; y ésta se puede oponer a la exigencia de las prestaciones debidas con arreglo a los contratos internacionales en situaciones de cambio fundamental del equilibrio contractual como las que la crisis económica internacional provocó en los últimos años.