

## CONTRATOS INTERNACIONALES CON COVID-19

María Mercedes ALBORNOZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El COVID-19 como padecimiento que puede afectar a los contratos internacionales*. III. *¿Hay tratamientos disponibles?* IV. *Dos tratamientos específicos: fuerza mayor y hardship*. V. *Conclusiones y medidas de prevención a futuro*. VI. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la existencia de una pandemia de COVID-19, “la primera pandemia causada por un coronavirus”.<sup>1</sup> Esta pandemia se caracteriza por su alcance global, pues no solo se ha extendido a una amplia cantidad de países, sino que no hay región del mundo que haya transitado el primer semestre de este año libre de contagios.<sup>2</sup>

El síndrome respiratorio agudo severo o COVID-19 es una enfermedad infecciosa provocada por un coronavirus —el SARS-CoV-2—, que afecta el aparato respiratorio. Especialmente cuando confluye con ciertos factores preexistentes,<sup>3</sup> puede ocasionar la muerte de las personas contagia-

\* Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0205-4964>.

<sup>1</sup> OMS, *Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020*, <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

<sup>2</sup> Véase el siguiente mapa mundial de casos, actualizado prácticamente en tiempo real: CSSE, *COVID-19 Dashboard*, Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University 2020, <https://gisanddata.maps.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6>.

<sup>3</sup> Personas de más de 65 años y personas con afecciones subyacentes graves —especialmente si no están bien controladas—, como enfermedad pulmonar crónica o asma, afecciones cardíacas graves, sistema inmunitario deprimido, obesidad grave, diabetes, enfermedad renal crónica, enfermedad hepática, tienen un mayor riesgo de enfermarse gravemente de COVID-19. CDC, *Enfermedad del coronavirus 2019 (COVID-19) – Personas con mayor riesgo de*

das.<sup>4</sup> Debido al serio riesgo que esta pandemia conlleva para la salud de las personas, un gran número de Estados ha tomado diversas medidas —por ejemplo, cuarentena, cierre de fronteras— con la intención de contrarrestarla, detener su expansión y proteger sus mercados internos. Sin embargo, tales actos de autoridad también han tenido efectos perturbadores en la economía y en el comercio.<sup>5</sup> Su impacto disruptivo en la contratación internacional ha impedido o dificultado significativamente el cumplimiento de obligaciones asumidas. Asimismo, dada la interdependencia mundial, el COVID-19 ha alterado la operación de cadenas globales de suministro de equipos médicos y de alimentos, productos esenciales para combatir la pandemia y mantener alimentada a la población en época de crisis.

En consecuencia, se puede afirmar que este virus, cuya propagación ha logrado en poco tiempo imponerle al mundo una “nueva normalidad”, ha “infectado” muchísimos contratos internacionales. Por eso, en este capítulo se propone considerar el COVID-19 como un padecimiento susceptible de afectar a los contratos internacionales. Al tomar esa premisa como punto de partida, corresponde preguntarse si existen tratamientos y, en caso afirmativo, si están disponibles. Posteriormente, serán presentados dos tratamientos específicos. Uno de ellos es la fuerza mayor; el otro, el *hardship*. Finalmente, se extraerán conclusiones y se propondrá algunas medidas de prevención a futuro.

## II. EL COVID-19 COMO PADECIMIENTO QUE PUEDE AFECTAR A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Muchos de los contratos internacionales celebrados con anterioridad al 11 de marzo de 2020 —cuando la pandemia de coronavirus fue declarada—

---

*enfermarse gravemente*, página web revisada el 14 de mayo de 2020, Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades, Departamento de Salud y Servicios Humanos, Gobierno de los Estados Unidos de América, disponible en: <https://espanol.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/need-extra-precautions/people-at-higher-risk.html>.

<sup>4</sup> A nivel mundial, el COVID-19 ha afectado a más de 10 millones de personas y ha provocado la muerte de más de medio millón. CSSE, *cit.*

<sup>5</sup> Según el Fondo Monetario Internacional (FMI): “El comercio internacional se contrajo casi -3.5% (en términos interanuales) durante el primer trimestre, como consecuencia de la debilidad de la demanda, el colapso del turismo transfronterizo y la dislocación del suministro relacionada con los confinamientos (exacerbada en algunos casos por restricciones al comercio exterior)”. Además, se estima que la contracción será de aproximadamente -11.9% para todo el año. FMI, *Actualización de las perspectivas de la economía mundial*, junio de 2020, pp. 3 y 10, disponible en: <https://www.imf.org/es/Publications/WEO>.

aún no habían sido cumplidos en esa fecha o se encontraban en curso de ejecución. Considerando el nuevo contexto sanitario global y el entramado normativo que velozmente surgió como reacción a este, se puede sostener que aquellos contratos internacionales fueron contagiados de COVID-19. En este sentido, las normas dictadas por distintos Estados como consecuencia de la propagación del virus SARS-CoV-2 afectaron intensamente la contratación transfronteriza<sup>6</sup> y sus efectos pueden ser vistos como síntomas del padecimiento.

Así, el síntoma básico que da la pauta de que un contrato internacional celebrado antes del pasado 11 de marzo ha sido contagiado de COVID-19 consiste en la existencia de dificultades para que se cumpla en tiempo y forma con lo pactado. Es decir, una de las partes se encuentra en una situación complicada con respecto a la necesidad de honrar su compromiso. Sin embargo, el padecimiento se vuelve delicado cuando, además, se presenta alguno de estos dos síntomas de gravedad: la imposibilidad para una de las partes de cumplir con una obligación contractualmente asumida, o una alteración fundamental del equilibrio de las prestaciones, que coloca a una de las partes en una posición de desventaja ante su contraparte.

Pero ¿qué habrá sido exactamente lo que provocó que un contrato internacional se contagiase de COVID-19? En otros términos, ¿cómo es que un contrato pudo haber contraído este padecimiento? La respuesta se halla en la aplicabilidad y la efectiva aplicación de normas estatales dictadas a raíz de la pandemia, así como en el impacto indirecto de aquellas en el contrato internacional. Por lo tanto, se afirma que la causa de contagio fue la aplicación de tales normas de emergencia al contrato internacional<sup>7</sup> y, en algunos casos, su efecto indirecto en él. Este puede producirse cuando las referidas normas son aplicadas a otro u otros contratos —sin importar su carácter nacional o internacional— vinculados con el contrato internacional, cuyo devenir debe incidir en este último. Piénsese, por ejemplo, en contratos que constituyen eslabones de una cadena global de suministro:

---

<sup>6</sup> Como bien lo señala Xavier Pons Rafols, además, estas medidas pueden tener implicaciones en materia de derechos humanos p. 21, nota 59. “La COVID-19, la salud global y el Derecho Internacional: una primera aproximación de carácter institucional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 39, junio de 2020, pp. 1-29, disponible en: <http://www.revi.org/index.php/revista/num39/articulos/covid-19-salud-global-derecho-internacional-una-primera-aproximacion-caracter-institucional>.

<sup>7</sup> Se considera que, incluso en el caso de que el personal de una de las empresas contratantes padeciera COVID-19, la causa de contagio del contrato internacional es la aplicación de la legislación de emergencia que impide seguir operando cuando los empleados han sido infectados —no solo para proteger su salud sino también para contener el brote de la enfermedad—.

el incumplimiento en un eslabón previo, fundado en medidas restrictivas impuestas por un Estado a fin de enfrentar la pandemia, afecta el normal desarrollo de los eslabones posteriores de la cadena. De modo que, aunque la legislación de emergencia no se aplique de manera directa al contrato internacional en cuestión, acaba incidiendo en él.<sup>8</sup> Pero además de las dificultades para el suministro de insumos, también impactan en el contrato internacional las crisis de liquidez y las fluctuaciones de precios generalizadas, todas ellas relacionadas con la pandemia<sup>9</sup> y las medidas tomadas por los Estados para enfrentarla.

Establecido lo anterior, es momento de enfocarse en esas normas cuya aplicación directa o efecto indirecto infectó de coronavirus a los contratos internacionales. Se trata de la legislación de emergencia que diversos Estados han dictado para intentar frenar la propagación del COVID-19, preservando la salud de su población, así como sus respectivos mercados internos. En cuanto a su contenido, hay normas que disponen la cuarentena o aislamiento social preventivo, la suspensión de actividades no esenciales, la interrupción de la producción de empresas, las limitaciones al transporte interno y/o internacional, el cierre de fronteras, la prohibición de exportaciones u otras restricciones al comercio exterior —como cupos de exportación, necesidad de autorizaciones previas, etcétera—. Además, es común que las leyes o los decretos de emergencia sean de carácter coactivo y restrinjan derechos ante situaciones excepcionales. En consecuencia, es importante subrayar la necesidad de que las normas de emergencia sean de carácter temporal.<sup>10</sup> Su vigencia no debería extenderse por tiempo indefinido o por períodos amplios.

Ahora bien, hay que tener presente que la aplicabilidad de las normas imperativas a los contratos internacionales puede darse por dos vías. Por un lado, si la hipótesis normativa contempla casos domésticos, la norma en cuestión es de orden público interno y únicamente será aplicable a un con-

---

<sup>8</sup> Vale la pena señalar que cuando en el presente texto se alude a las normas aplicables a contratos que integran una cadena global de suministro, se hace referencia al contenido típicamente comercial y a cómo las prestaciones pactadas son afectadas por la legislación de emergencia; no así a la cuestión de la responsabilidad social corporativa. Sobre la gobernanza de las cadenas globales de suministro, véase: Sarfaty, Galit A., “Shining Light on Global Supply Chains”, *Harvard International Law Journal*, vol. 56, núm. 2, verano de 2015, pp. 419-464.

<sup>9</sup> Torsello, Marco y Winkler, Matteo M., “Coronavirus-Infected International Business Transactions: A Preliminary Diagnosis”, *European Journal of Risk Regulation*, vol. 11, núm. especial 2 (Taming COVID-19 by Regulation), junio de 2020, p. 398.

<sup>10</sup> Guarinoni, Ricardo V., “La emergencia y los jueces”, en Guarinoni, Ricardo V., *Derecho, lenguaje y lógica*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2018, capítulo IV, pp. 67-80.

trato internacional si el derecho que lo rige es el del Estado que la dictó. Por otro lado, si la hipótesis de la norma imperativa emanada de cierto Estado prevé un caso vinculado con más de un sistema jurídico —caso internacional— y lo somete de manera unilateral al derecho propio, la referida norma es internacionalmente imperativa y debe aplicarse inmediatamente.<sup>11</sup> Esto implica que, ante la presencia de una norma de este tipo —*loi de police*, norma de policía, norma de aplicación inmediata, *overriding mandatory rule*— fundada *a priori* en razones de orden público, queda excluida la posibilidad de recurrir a cualquier otro método del derecho internacional privado para determinar el derecho aplicable.

Es precisamente en la segunda de las vías mencionadas donde se encuadran las normas creadas a propósito de la pandemia de COVID-19 que restringen el flujo transfronterizo de personas, bienes, servicios. Según una nota informativa de la Organización Mundial del Comercio, 80 países y territorios aduaneros instauraron prohibiciones o restricciones a las exportaciones como resultado de esta crisis sanitaria global.<sup>12</sup> Observado en perspectiva, este panorama de normas de aplicación inmediata se asemeja a un desordenado *collage*, con el consiguiente gran riesgo de superposiciones e interferencias entre las diferentes piezas que lo componen. Asimismo, coloca a los operadores del comercio internacional ante un “alto grado de incertidumbre”.<sup>13</sup> En efecto, conocer las normas emanadas de cada Estado para saber a cuáles atenerse no parece ser sencillo en el contexto actual, dificultad que se acentúa debido a la mutación permanente del escenario normativo.

Además, las normas dictadas por los Estados a propósito de la emergencia —sean interna o internacionalmente imperativas— pueden tener un efecto indirecto en un contrato internacional que funciona como eslabón de una cadena global de suministro y en cualquier contrato internacional cuyo desenvolvimiento se ve afectado por falta generalizada de liquidez y fluctuaciones de precios en el mercado. Con respecto a las cadenas globales de suministro, aunque determinada norma no sea aplicada al contrato individualmente considerado, su aplicación a un eslabón previo cuya nor-

---

<sup>11</sup> Acerca de las normas de aplicación inmediata, véanse: Francescakis, Phocion, “Quelques précisions sur les ‘lois d’application immédiate’ et leurs rapports avec les règles de conflit de lois”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 55, núm. 1, 1966, pp. 1-18 y Muir-Watt, Horatia y Radicati di Brozolo, Luca G., “Party Autonomy and Mandatory Rules in a Global World”, *Global Jurist*, vol. 4, núm. 1, 2004, pp. [i]-5

<sup>12</sup> OMC, *Export Prohibitions and Restrictions*, Nota informativa del 23 de abril de 2020, p. 6, disponible en: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/covid19\\_e/export\\_prohibitions\\_report\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf).

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 3.

mal operación altera, acabará incidiendo —al menos, indirectamente— en el desarrollo del primero. Pero no por indirecto ese impacto deja de ser relevante. Por ejemplo, podrá provocar el desabastecimiento de insumos necesarios para la producción de equipos médicos destinados en parte al mercado interno y en parte a la exportación.

El mundo actual está interconectado en diferentes niveles y el coronavirus lo ha vuelto a poner en evidencia, especialmente en el plano de la salud y el de la economía. En esta línea, se considera que la pandemia de COVID-19 ha contribuido a generar una mayor conciencia de la interdependencia que enlaza a todos los habitantes del planeta. Por eso, no está de más insistir en que problemas globales requieren soluciones globales.<sup>14</sup> Es preciso estar alertas ante la impetuosa creación de normas de aplicación inmediata por parte de Estados que eligen replegarse sobre sí mismos para hacer frente al COVID-19, sobre todo en la medida en que implica un rebrote de posturas nacionalistas y aislacionistas. Esto pone en evidencia la importancia de continuar construyendo sobre lo ya logrado en materia de cooperación internacional, procurando implementar soluciones coordinadas que logren equilibrar los diversos y legítimos intereses estatales en juego.<sup>15</sup>

Después de haber reconocido que el COVID-19 puede contagiar contratos internacionales, surge la necesidad de indagar acerca de la posibilidad de acceder a algún tratamiento.

### III. ¿HAY TRATAMIENTOS DISPONIBLES?

Cuando un contrato internacional padece COVID-19, es lógico preguntarse si existen tratamientos y, en caso de que así sea, si los mismos se encuentran disponibles, a fin de acceder a ellos. La buena fe, brújula que siempre debe guiar la conducta de las partes en el comercio internacional, junto con el deber de cooperación, son principios del derecho de los contratos<sup>16</sup> que, en

<sup>14</sup> En este sentido, a propósito de la pandemia de COVID-19: Torsello, Marco y Winkler, Matteo M., *op. cit.*, p. 401.

<sup>15</sup> Nótese que hay Estados que cuyas manifestaciones más recientes evidencian la voluntad de transitar esta vía. Véase, por ejemplo, esta declaración del Grupo de Ottawa —integrado por Australia, Brasil, Canadá, Chile, Japón, Kenia, México, Nueva Zelanda, Noruega, la República de Corea, Singapur, Suiza y la Unión Europea—: OMC, *June 2020 Statement of the Ottawa Group: Focusing Action on COVID-19, Communication from Canada*, WT/GC/217, 16 de junio de 2020, disponible en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/covid19\\_s/covid19\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/covid19_s/covid19_s.htm).

<sup>16</sup> Los Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) sobre los contratos comerciales internacionales (Principios UNIDROIT) los consagran en el artículo 1.7 y en el artículo 5.1.3, respectivamente. Artículo 1.7: “(1) Las partes

casos de COVID-19, pueden ser considerados como un tratamiento general. Sin embargo, es preciso reforzarlos recurriendo a la fuerza mayor y el *hardship*, que pueden ser vistos como tratamientos más específicos, útiles en situaciones excepcionales como las relacionadas con esta pandemia. El empleo de dichos tratamientos específicos, en los cuales se concentra el análisis efectuado en las siguientes líneas, tiene que complementarse con el tratamiento general.

Ahora bien, el hecho de que la fuerza mayor y el *hardship* existan y sean tratamientos conocidos, no significa que en cualquier caso estén disponibles ni que efectivamente se pueda recurrir a ellos. Entonces, ¿de qué depende su disponibilidad? Se sostiene que depende de las normas de derecho aplicables al contrato internacional afectado por el COVID-19. Por eso es fundamental conocer quién puede determinar las normas aplicables en la hipótesis de una controversia surgida como consecuencia del padecimiento, cómo puede hacerlo y cuáles pueden ser esas normas.

### 1. Contexto jurisdiccional

El ámbito jurisdiccional en el cual se plantea un diferendo contractual internacional es muy importante, dado que puede tener implicaciones en el resultado final al cual se arribe. En efecto, “las soluciones de los casos justiprivatistas multinacionales, mediante cualquier clase de normas de derecho internacional privado, dependen mucho de quién sea el juez que individualizará la solución”.<sup>17</sup>

La solución de una controversia contractual internacional causada por la aplicación de la legislación de emergencia dictada para enfrentar la pandemia de COVID-19, probablemente no sería la misma si el tercero neutral investido de la potestad de conocer y resolver fuese un tribunal arbitral o un tribunal estatal, ni si el tribunal estatal fuese órgano jurisdiccional de un país o de otro. Esta diferencia podría darse aun si se aplicaran las mismas normas de derecho al fondo de la controversia puesto que, por un lado, los tribunales arbitrales gozan de amplia flexibilidad para interpretarlas y, por el otro, los estatales cuentan con menos libertad para ello. Las categorías y

---

deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber”. Artículo 5.1.3: “Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última”. UNIDROIT, Principios UNIDROIT, 2016, disponible en: <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2016/principles2016-blackletter-s.pdf>.

<sup>17</sup> Boggiano, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1983, t. I, p. 195.

criterios del sistema jurídico estatal propio encauzan la interpretación del derecho efectuada por quien juzga.<sup>18</sup> Pero, además, es factible que las normas de derecho sustantivo aplicable a un caso no sean las mismas si el tribunal internacionalmente competente es el de un Estado o el de otro, o si quien resuelve es un tribunal arbitral, en virtud de la voluntad de las partes.

## 2. *Determinación de las normas de derecho aplicables*

Independientemente de si el tercero neutral con competencia internacional para conocer y resolver una controversia contractual relacionada con el COVID-19 es un tribunal estatal o un tribunal arbitral, en ambos ámbitos se admite que las partes elijan el derecho aplicable. La autonomía de la voluntad así entendida es considerada un principio comúnmente aceptado en el mundo<sup>19</sup> y constituye la piedra angular sobre la cual se erigen los Principios sobre la elección del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales (Principios de La Haya) aprobados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) el 19 de marzo de 2015.<sup>20</sup>

Sin embargo, algunos países de América Latina todavía experimentan dificultades para consagrar la autonomía de la voluntad a nivel legislativo.<sup>21</sup> Esta circunstancia, sumada a otras entre las cuales se encuentra el limitado

---

<sup>18</sup> Esto suele ser así, incluso cuando se aplica derecho sustantivo extranjero y, como lo prescribe el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 8 de mayo de 1979, <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-45.html>), se intenta imitar la forma en la que lo aplicarían los jueces del Estado al que tal derecho pertenece.

<sup>19</sup> Audit, Bernard, “Élection par les parties de la loi applicable au contrat”, en Rivera, Julio César y Fernández Arroyo, Diego P. (dir.), *Contratos y arbitraje en la era global — Contrats et arbitrage à l'ère globale, Jornadas franco-sudamericanas de derecho comparado — Journées franco-sudaméricaines de droit comparé, Buenos Aires, 26 y 27 de abril de 2011 — Buenos Aires, le 26 et le 27 avril 2011*, Asunción, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) y Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), 2012, p. 328.

<sup>20</sup> HCCH, Principios de La Haya y sus comentarios, <https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf>.

<sup>21</sup> Sobre las reticencias en esta región con respecto a la elección del derecho aplicable a los contratos internacionales, véase: Albornoz, María Mercedes, “Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems”, *Journal of Private International Law*, vol. 6, núm. 1, 2010, pp. 23-58. Aunque algunos países han regulado esta materia en los últimos años —por ejemplo, Panamá, Código de Derecho Internacional Privado, Ley 7, del 8 de mayo de 2014, subrogada por Ley 61, del 8 de octubre de 2015 y Paraguay, Ley 5393 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, del 14 de enero de 2015—, otros no lo han logrado aún —Uruguay y Brasil, por ejemplo, donde existen proyectos de ley que recogen el principio de autonomía de la voluntad—.



éxito de la Convención interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales (Convención de México) del 17 de marzo de 1994 en términos de número de Estados parte,<sup>22</sup> explican el interés de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en la elaboración de un instrumento de *soft law* en esta materia. En efecto, el 22 de febrero de 2019, el Comité Jurídico Interamericano, cuerpo consultivo de la OEA, aprobó la Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas.<sup>23</sup>

Cuando las partes no han elegido las normas de derecho aplicables, o cuando su elección no es eficaz, es preciso recurrir a normas de conflicto subsidiarias para determinarlas. En este punto, si bien se puede considerar que hay consenso acerca de la conveniencia de que si se aplica el derecho de un Estado este guarde proximidad con el contrato internacional en cuestión, los criterios varían en función de la fuente normativa empleada. A modo de ejemplo, la Convención de México, que establece expresamente en el artículo 9 el principio de proximidad —“los vínculos más estrechos”—, ordena tomar en cuenta “todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato” para determinar cuál es el Estado más próximo, además de “los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”. Diferente es el criterio que adopta el artículo 9 de la Ley de Introducción a las normas del Derecho Brasileño: ley del lugar de celebración de las obligaciones.<sup>24</sup> También lo es el consagrado por el artículo 2399 del Apéndice del Título Final del Código Civil<sup>25</sup> de Uruguay: lugar de cumplimiento de los actos jurídicos.

Finalmente, cuando quien lleva a cabo la determinación de las normas de derecho aplicables en ausencia de elección por las partes es un tribunal arbitral, este goza de un amplio margen de libertad. Dado que el tribunal arbitral —a diferencia del tribunal estatal— carece de foro, no está obligado a emplear las normas de conflicto subsidiarias de sistema jurídico alguno.

---

<sup>22</sup> Texto de la Convención de México, disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>. Estado de firmas y ratificaciones, donde consta que solo México y Venezuela son partes de este instrumento, disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html>.

<sup>23</sup> OEA, *Informe del Comité Jurídico Interamericano sobre la Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas*, OEA/Ser.Q/CJI/doc. 577/19 rev.1 corr.2, 8 de agosto de 2019, disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Guia\\_Derecho\\_Aplicable\\_Contratos\\_Comerciales\\_Internacionales\\_Americas\\_2019.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Guia_Derecho_Aplicable_Contratos_Comerciales_Internacionales_Americas_2019.pdf).

<sup>24</sup> Decreto Ley 4657, del 4 de septiembre de 1942, disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm).

<sup>25</sup> El Apéndice fue aprobado por Ley 10084, del 3 de diciembre de 1941, disponible en el buscador de legislación del Parlamento del Uruguay, disponible en: <https://parlamento.gub.uy/>.

Esto se refleja en dos tipos de disposiciones disímiles pero que, en la práctica, tienen el mismo efecto. El primer tipo permite al tribunal aplicar, directamente, “la ley que estime apropiada”. Así lo establece, por ejemplo, el artículo 35.1 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).<sup>26</sup> El segundo tipo, en cambio, requiere que se utilice el método conflictual; pero de un modo tan flexible, que la exigencia queda desdibujada. Como ejemplo de este tipo de disposición, se puede mencionar el artículo 28.2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional,<sup>27</sup> según el cual: “Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables”.

### 3. *Las normas de derecho aplicables*

Al pensar en las normas aplicables al contrato internacional se debe tomar en cuenta la multiplicidad de fuentes. Su aplicabilidad dependerá en gran medida del contexto jurisdiccional, aunque también se relaciona con el modo en que se las haya designado y con la clase de normas en cuestión.

El abanico de normas que pueden resultar aplicables a un contrato internacional y que permitirán apreciar si la fuerza mayor y el *hardship* como tratamientos específicos para el padecimiento de COVID-19 están disponibles, es muy amplio. Comprende desde normas generales de fuente internacional o nacional, concebidas para regir casos transfronterizos o internos, normas estatales o de carácter no estatal —*lex mercatoria*—, de *hard law* o de *soft law*, hasta normas de alcance tan particular como las cláusulas redactadas o incorporadas por las partes en un contrato internacional.<sup>28</sup>

Los sujetos que participan en la contratación transfronteriza tienen la libertad de decidir contratar y de diseñar el contenido de su contrato, en tanto lo permiten las normas de derecho que lo rigen. Así, en ejercicio de la autonomía de la voluntad material, pueden incluir en el instrumento contractual cláusulas de gestión del riesgo de crisis como las de fuerza mayor y las de *hardship*. La pandemia de COVID-19, evento disruptivo de la econo-

---

<sup>26</sup> Reglamento revisado en 2010 y 2013, disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/uncitral-arbitration-rules-2013-s.pdf>.

<sup>27</sup> Ley Modelo de 1985, modificada en 2006, disponible en: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf).

<sup>28</sup> Recuérdense el principio de la fuerza obligatoria o del carácter vinculante del contrato, plasmado en el artículo 1.3 de los Principios UNIDROIT: “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes”.

mía y del comercio globales, ha venido a destacar la importancia de que las partes incorporen en sus contratos este tipo de previsiones, especialmente cuando la *lex contractus* guarda silencio o es demasiado parca al respecto. Conviene tener presente que la Cámara Internacional de Comercio (ICC) propone cláusulas tipo de fuerza mayor y de *hardship*. La última versión del documento que las contiene fue publicada en marzo de 2020, cuando ya se había desatado la crisis del SARS-CoV-2.<sup>29</sup>

Entre las normas de alcance general y de *hard law*, emanadas de los Estados, se destaca la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, del 11 de abril de 1980 (Convención de Viena),<sup>30</sup> que cuenta con 93 Estados parte.<sup>31</sup> Se trata de un instrumento de derecho uniforme cuyas normas materiales regulan diversos aspectos de los contratos internacionales de compraventa. Según su artículo 1, se aplica cuando los contratantes tienen sus establecimientos en Estados diferentes, siempre que: esos Estados sean parte de la convención o las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación del derecho de un Estado parte, pues la Convención de Viena integra el ordenamiento jurídico de los 93 Estados parte.

Con respecto a las normas de carácter no estatal, englobadas en la amplia denominación de “*lex mercatoria*”,<sup>32</sup> su aplicabilidad a los contratos internacionales se ha venido consolidando,<sup>33</sup> sobre todo, en el ámbito del arbitraje comercial internacional. Para los tribunales estatales, en cambio, aún representa un área de oportunidad. Dicho esto, se debe reconocer que la introducción de referencias a la *lex mercatoria* en algunos instrumentos internacionales entre los cuales se encuentran la Convención de México —especialmente, artículo 10 y segundo párrafo del artículo 9—<sup>34</sup> y los Principios

<sup>29</sup> ICC, Cláusulas de fuerza mayor y de onerosidad excesiva (*hardship*) de la ICC, marzo 2020, disponible en: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/icc-clausulas-fuerza-mayor-hardship-marzo-2020.pdf>.

<sup>30</sup> <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/VI1057000-CISG-s.pdf>.

<sup>31</sup> [https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale\\_of\\_goods/cisg/status](https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status).

<sup>32</sup> Véase Albornoz, Jorge R. y All, Paula María, “La *lex mercatoria*, el *soft law* y el derecho internacional privado”, en Silva, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 1-27.

<sup>33</sup> Para una perspectiva latinoamericana del tema, véase Moreno Rodríguez, José A., “El derecho no estatal en la contratación latinoamericana actual”, en Rivera, Julio César y Fernández Arroyo, Diego P. (dirs.), *Contratos y arbitraje en la era global, cit.*, pp. 285-298.

<sup>34</sup> Artículo 10: “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concre-

de La Haya —artículo 3—,<sup>35</sup> sumada a la existencia de los Principios UNIDROIT, puede contribuir a que los jueces le abran un poco más la puerta, sin descuidar el orden público internacional del foro.

Entre las normas de *soft law* —por lo tanto, no vinculantes— que podrían ser aplicadas a los contratos internacionales, sobresalen los Principios UNIDROIT, los cuales, desde su primera versión de 1994 hasta la más reciente, de 2016, concentran y sistematizan las principales reglas generales en materia de contratos comerciales internacionales. Los sujetos que contratan pueden elegir este cuerpo de principios como normas de derecho aplicables. Asimismo, los Principios UNIDROIT pueden ser aplicados cuando las partes hayan elegido los principios generales del derecho o la *lex mercatoria* para que rijan su contrato e, igualmente, cuando no hayan seleccionado derecho aplicable alguno.<sup>36</sup>

#### IV. DOS TRATAMIENTOS ESPECÍFICOS: FUERZA MAYOR Y *HARDSHIP*

Cuando, según lo analizado en la sección anterior, se concluye que están disponibles la fuerza mayor y/o el *hardship* como posibles tratamientos específicos para un contrato internacional contagiado de COVID-19, hay que verificar si los síntomas de gravedad que este presenta —imposibilidad de cumplir o alteración fundamental del equilibrio de las prestaciones— reúnen ciertas características necesarias para habilitar el empleo de alguno de esos dos tratamientos. A continuación, se examinan tales síntomas y sus condiciones para la aplicación de la fuerza mayor y del *hardship*, se explica cómo funciona cada uno de tales tratamientos y se señalan los efectos o resultados que pueden generar.

No obstante, antes de comenzar, es necesario hacer una advertencia. En principio, de acuerdo con los síntomas y sus características, se recurrirá a la fuerza mayor, o bien al *hardship*. Es decir, a una figura u otra. Pero, aunque

---

to”. Artículo 9, párrafo 2: “El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”.

<sup>35</sup> Artículo 3: “Las partes pueden elegir, como Derecho aplicable al contrato, normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, salvo estipulación en otro sentido del Derecho del foro”.

<sup>36</sup> Véase el preámbulo de los Principios UNIDROIT.

cada uno de dichos tratamientos específicos tiene sus peculiaridades, no es imposible que algunas situaciones fácticas habiliten la utilización de ambos.<sup>37</sup> Se entiende que para que ello suceda se debe efectuar una interpretación amplia del grave síntoma de imposibilidad de cumplimiento. Cuando las dos opciones estén abiertas, le corresponderá a la parte que experimenta esas dificultades tomar la decisión sobre el tratamiento a seguir, en atención al resultado que prefiera lograr.<sup>38</sup>

### 1. *Fuerza mayor*

En la medida en que un contrato internacional celebrado antes del 11 de marzo de 2020 padece COVID-19, al síntoma básico de dificultades para cumplir las obligaciones asumidas se le suma el grave síntoma de que para una de las partes es imposible hacerlo, si la fuerza mayor está disponible en las normas de derecho aplicables, procede analizar si se la puede utilizar como tratamiento específico. Lo primero que hay que examinar es si tal imposibilidad se debe a un impedimento en particular. Pero no basta con la referida y sumamente relevante relación de causalidad; ese impedimento debe tener ciertas características o condiciones adicionales —que, al igual que el nexo causal, deben ser probadas por la parte que incumple—:

- Debe ser externo a la parte a quien le impide cumplir una obligación contractual, no depender de su voluntad: “ajeno a su voluntad”, según el artículo 79.1 de la Convención de Viena;<sup>39</sup> “ajeno a su control”, en términos del artículo 7.1.7(1) de los Principios UNIDROIT.
- No debe haber sido razonablemente previsible en el momento en que se celebró el contrato: en ese momento “no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento”, artículo 79.1 de la Convención de Viena; “no cabía razonablemente esperar,

---

<sup>37</sup> Comentario 6 al artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT, *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, 2016, p. 231, disponible en: <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016> (la versión en español citada más arriba no incluye los comentarios. La versión en francés referida en esta nota, sí).

<sup>38</sup> *Idem*.

<sup>39</sup> Nótese que el artículo 79 de la Convención de Viena no menciona expresamente la fuerza mayor ni ninguna otra figura similar existente en los sistemas jurídicos nacionales, sino que se concentra en describir circunstancias fácticas y sus consecuencias. Hay consenso en cuanto a que este artículo regula los casos de fuerza mayor.

haberlo tenido en cuenta”, artículo 7.1.7(1) de los Principios UNIDROIT.

- No debe haber sido razonablemente esperable que se lo hubiera evitado o superado: el impedimento o sus consecuencias artículo 79.1 de la Convención de Viena; sus consecuencias, artículo 7.1.7(1) de los Principios UNIDROIT.

A fin de poner en marcha el tratamiento, la parte que no cumplió debe notificarle a la contraparte la existencia del impedimento y cómo ha impactado en su aptitud para ejecutar las obligaciones a su cargo. Si la comunicación no es recibida por la contraparte dentro de un plazo razonable desde que la parte incumplidora conoció o debió haber tenido conocimiento del impedimento, esta última deberá indemnizar a la primera los daños y perjuicios causados por la no haber recibido o no haber recibido a tiempo la notificación. La cuestión de la comunicación del impedimento y las consecuencias de no comunicarlo está regulada en el artículo 79.4 de la Convención de Viena y, de manera muy similar, en el artículo 7.1.7(3) de los Principios UNIDROIT.

Quando el tratamiento específico de fuerza mayor es utilizado en un contrato internacional, el efecto o resultado que se obtiene es la exoneración de la parte que no ha cumplido. En términos del artículo 79.1 de la Convención de Viena, “no será responsable por la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones”; su incumplimiento “se excusa”, como lo establece el artículo 7.7.7(1) de los Principios UNIDROIT. Lógicamente, si el impedimento solo es temporal, la exoneración también lo será (artículo 79.3 de la Convención de Viena, artículo 7.1.7(2) de los Principios UNIDROIT). Asimismo, para que se produzca la exoneración de la parte que incumple un contrato internacional debido a la falta de cumplimiento de un tercero en otro contrato que opera como eslabón previo en una cadena global de suministro, se requiere, además, que ese tercero pueda ser exonerado en su contrato (véase el artículo 79.2 de la Convención de Viena).

Finalmente, ni el artículo 79 de la Convención de Viena ni el 7.1.7 de los Principios UNIDROIT impiden que las partes ejerzan otros derechos consagrados en dichos instrumentos. Por ejemplo, según lo indica el artículo 7.1.7(4) de los Principios UNIDROIT, “el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido”.

Como puede advertirse en la noción transnacional de fuerza mayor recogida en la Convención de Viena y en los Principios UNIDROIT, son altos los estándares exigidos para exonerar o excusar a la parte a quien le

es imposible<sup>40</sup> cumplir una o varias de las obligaciones que asumió en virtud del contrato. El resultado que ese sujeto busca solamente tendrá lugar si logra probar el nexo causal entre impedimento e incumplimiento, así como el carácter externo, imprevisible e inevitable o insuperable del impedimento.

¿Es factible encuadrar en este marco las situaciones derivadas de la pandemia global causada por el coronavirus? ¿Se puede recurrir a la figura de la fuerza mayor como tratamiento específico para un contrato internacional contagiado de COVID-19 que presenta el síntoma grave de imposibilidad de cumplimiento? Se considera que en principio sí, si está disponible en virtud de las normas de derecho aplicables, aunque sin perder de vista que la viabilidad concreta debe ser analizada caso por caso.<sup>41</sup> En efecto, la legislación de emergencia que tuvo que ser adoptada como consecuencia de la pandemia es ajena al control de las partes, era razonablemente imprevisible cuando se contrató y, de igual modo, no cabía razonablemente esperar que se la pudiese evitar o superar. Sin embargo, todo esto debe ser probado, así como el hecho de que la imposibilidad de cumplir —síntoma de gravedad— se debe a la aplicación de dicha normativa.

Es interesante observar que el derecho de algunos países permite que ciertas entidades emitan certificados de fuerza mayor a propósito de la pandemia de COVID-19, a solicitud de una de las partes de un contrato internacional. A título ejemplificativo, cabe mencionar que estos documentos son expedidos por el Consejo de China para la Promoción del Comercio Internacional,<sup>42</sup> la Cámara de Industria y Comercio de la Federación Rusa<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> La interpretación estricta de la imposibilidad deja fuera de la fuerza mayor los supuestos en los cuales el cumplimiento se vuelve significativamente más difícil, que podrían caber en la figura de *hardship*. En cambio, una interpretación amplia permitiría considerar que una importante dificultad para cumplir equivaldría a la imposibilidad de cumplimiento.

<sup>41</sup> Según la Corte Suprema Popular de la República Popular China (*Guiding Opinions (I) on Several Issues concerning the Proper Trial of Civil Cases Related to the Novel Coronavirus Pneumonia (COVID-19) Epidemic According to the Law*, 16 de abril de 2020), tanto la pandemia como las medidas tomadas en consecuencia pueden reunir las condiciones de la fuerza mayor. Glueck, Ulrike et al., “PRC Supreme People’s Court Announces Guiding Opinions on Trial of Civil Cases concerning COVID-19”, CMS, 2020, China, disponible en: [https://www.cms-china.info/insight/2020\\_China/04\\_PRC/Newsletter\\_Corporate.html](https://www.cms-china.info/insight/2020_China/04_PRC/Newsletter_Corporate.html).

<sup>42</sup> Tang, Sophia, “Coronavirus, Force Majeure Certificate and Private International Law”, *Conflict of Laws .net*, 1 de marzo de 2020, disponible en: <https://conflictoflaws.net/2020/corona-virus-force-majeure-certificate-and-private-international-law/>.

<sup>43</sup> De Berti Jacchia Franchini Forlani Studio Legale, “Force Majeure due to the Covid-19 Emergency in Russia”, *Lexology*, 16 de abril de 2020, disponible en: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e72e88ad-1ad1-43a0-bad9-12ce03877e7c>.

y las Cámaras de Comercio de Italia.<sup>44</sup> Se los emplea para dar sustento a la notificación que quien incumple dirige a su contraparte. No obstante, si la controversia se judicializa o se somete a arbitraje, el tribunal no está en modo alguno obligado a aceptar la calificación jurídica de fuerza mayor; el certificado solo contribuye a probar un hecho.<sup>45</sup> De modo que es al tribunal a quien le compete decidir qué valor conferirle al certificado. Probablemente, lo examinará junto con otros elementos probatorios antes de tomar una decisión.

## 2. *Hardship*

Cuando un contrato internacional celebrado antes del 11 de marzo de 2020 padece COVID-19, no fue cumplido y al síntoma básico de dificultades para cumplir se le agrega el grave síntoma de una alteración fundamental del equilibrio de las prestaciones, en la medida en que la figura del *hardship* esté disponible en las normas de derecho aplicables, hay que analizar si se la puede utilizar como tratamiento específico. Por razones de practicidad, en esta sección se hace referencia a los Principios UNIDROIT, instrumento de *soft law* que la regula expresamente. Sin embargo, ello no significa ignorar que el Consejo Consultivo de la Convención de Viena se pronunció en el sentido de que el artículo 79 de dicha convención no comprende únicamente la fuerza mayor sino, además, el *hardship*.<sup>46</sup>

El *hardship* o excesiva onerosidad constituye una excepción al principio de obligatoriedad del contrato, según el cual, a pesar de que el cumplimiento llegue a ser más oneroso para una de las partes, esta debe cumplir sus obligaciones contractuales (artículo 6.2.1 de los Principios UNIDROIT). El “*pacta sunt servanda*” conserva intacta su vigencia en aquellos contratos internacionales afectados por el COVID-19 que solo presentan el síntoma básico de tal padecimiento: dificultades para llevar a cabo el cumplimiento

---

<sup>44</sup> Ministero dello sviluppo economico, Circolare 25 marzo 2020 - Attestazioni camerali su dichiarazioni delle imprese di sussistenza cause di forza maggiore per emergenza COVID-19, disponible en: <https://www.mise.gov.it/index.php/it/normativa/circolari-note-direttive-e-atti-di-indirizzo/2040923-circolare-25-marzo-2020-attestazioni-camerali-su-dichiarazioni-delle-imprese-di-sussistenza-cause-di-forza-maggiore-per-emergenza-covid-19>.

<sup>45</sup> Tang, S., *op. cit.*

<sup>46</sup> CISG-AC, Opinión núm. 7, adoptada en Wuhan, República Popular China, el 12 de octubre de 2007, disponible en: [https://www.cisgac.com/file/repository/Spanish\\_opinion7.pdf](https://www.cisgac.com/file/repository/Spanish_opinion7.pdf).



en los términos pactados,<sup>47</sup> causadas por la aplicación directa o los efectos indirectos de la nueva legislación de emergencia.

Sin embargo, el padecimiento es grave “cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido” (artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT).

El *hardship* podría resultar un tratamiento específico apropiado para contratos internacionales con COVID-19, pues hay ocasiones en las cuales el cumplimiento no es propiamente imposible —como para recurrir a la fuerza mayor—; pero la situación reviste tal gravedad, que no es suficiente con el solo tratamiento general —principios de buena fe y cooperación entre las partes— y es necesario reforzarlo. Justamente, el *hardship* es ese refuerzo. Ahora bien, para que se lo pueda utilizar en tanto tratamiento específico, el evento o los eventos que alteraron significativamente el equilibrio inicial entre las prestaciones, deben tener ciertas características o reunir determinadas condiciones que el mismo artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT establece. En el caso de los contratos que padecen COVID-19, el evento en cuestión puede ser la aplicación de la legislación de emergencia dictada para hacer frente a la pandemia y a sus efectos nocivos. Las condiciones son las siguientes:

- El evento tiene que haber acontecido o haber sido conocido por la parte que se encuentra en desventaja, con posterioridad a la celebración del contrato.
- Dicha parte no tiene que haber podido, razonablemente, tomarlo en cuenta al momento de la celebración del contrato.
- El evento escapa a su control.
- La parte en desventaja no asumió el riesgo de ese evento.

Considerando la aplicación de la normativa de emergencia como el evento que altera de manera fundamental el equilibrio del contrato internacional, se entiende que perfectamente podrían darse las cuatro características requeridas para que el *hardship* sea el tratamiento específico adecuado. Aunque es necesario que en cada caso concreto la parte en desventaja pruebe tales extremos, además del nexo causal entre el evento y la altera-

---

<sup>47</sup> Conuerdan con este criterio las *Guiding Opinions de la Corte Suprema Popular de la República Popular China. Glueck, U. et al., op. cit.*

ción del equilibrio contractual.<sup>48</sup> De acreditarse estos extremos, el efecto esperado es el restablecimiento del equilibrio inicial. No obstante, debe tenerse presente que, si bien el resultado perseguido consiste en la adaptación del contrato con el objeto de reequilibrar las prestaciones, existe el riesgo de que se llegue a un escenario de resolución del contrato.

De hecho, según el artículo 6.2.3 de los Principios UNIDROIT, que establece los efectos de la excesiva onerosidad, la parte en desventaja puede instar a la otra, sin demora, a realizar una renegociación del contrato. Al formularle esa solicitud debe indicar en qué fundamentos se basa (párrafo 1).<sup>49</sup> Esta consecuencia del *hardship* constituye la primera e idealmente única fase del tratamiento específico para el contrato internacional contagiado de COVID-19. Nótese su carácter trascendental, pues el diálogo directo entre las partes es, sin lugar a duda, la herramienta más apropiada para avanzar hacia a una solución amigable.

No obstante, si en un tiempo prudencial no se llega a un acuerdo, “cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal” (párrafo 3), sea este estatal o arbitral. Si el tribunal concluye que hay excesiva onerosidad —es decir, que existen las condiciones requeridas para implementar la segunda fase del tratamiento—, podrá, “siempre que lo considere razonable”, adaptar el contrato “con miras a restablecer equilibrio” o resolverlo (párrafo 4). Suponiendo que las partes desearan evitar la eventualidad de que el tribunal estatal o arbitral competente resolviera el contrato internacional, no deberían escatimar esfuerzos en la fase de renegociación entre ellas.

Queda claro que la resolución debe verse como una solución extrema, excepcional. En este sentido, según las Opiniones guía (I) sobre varias cuestiones relativas al juicio justo en casos civiles relacionados con la nueva epidemia de neumonía por coronavirus (COVID-19) con arreglo a la ley, emitidas por la Corte Suprema Popular de la República Popular China *el 16 de abril de 2020*, siempre que exista la posibilidad de que las partes continúen cumpliendo el contrato, la corte “fomentará y aplicará la mediación y guiará activamente a las partes”<sup>50</sup> para que lo sigan haciendo.

---

<sup>48</sup> Los certificados de fuerza mayor a los cuales se hizo alusión en el apartado IV.1 también pueden ser útiles aquí.

<sup>49</sup> *Idem*. Además, el párrafo 2 del artículo 6.2.3 de los Principios UNIDROIT dispone: “El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento”.

<sup>50</sup> *Glueck, U. et al., op. cit.*

## V. CONCLUSIONES Y MEDIDAS DE PREVENCIÓN A FUTURO

La propagación global SARS-CoV-2 ha tenido un efecto disruptivo en el comercio internacional y generará una gran oleada de nuevos litigios. Dado que el COVID-19 es una infección respiratoria, en este capítulo se lleva a cabo el ejercicio de trasladarla analógicamente al ámbito contractual, para comprenderla mejor, analizar cómo se la puede tratar e identificar algunas medidas de prevención que sería conveniente adoptar próximamente. De este modo, se considera que los contratos internacionales celebrados antes de que la OMS emitiera la declaración de pandemia de COVID-19, que al 11 de marzo de 2020 aún no habían sido totalmente cumplidos y que tienen ciertos síntomas, sufrieron el contagio de este padecimiento, como consecuencia de la aplicación directa de la legislación de emergencia, o de sus efectos indirectos. Asimismo, se entiende que, si el COVID-19 afecta gravemente un contrato internacional, el tratamiento general de buena fe y cooperación entre las partes debe ser reforzado con un tratamiento específico de fuerza mayor o con uno de *hardship*, siempre que se cumplan las condiciones requeridas para cada una de estas figuras.

Ahora bien, pensando en los años por venir, aunque no se pueda evitar el contagio en futuras pandemias de alcance global, es factible tomar medidas para mejorar el estado de salud y así estar en mejores condiciones para enfrentar los padecimientos. De esta manera, muy probablemente podría contribuirse a reducir la gravedad de los síntomas y, por lo tanto, del sufrimiento.

Las medidas de prevención que se recomienda seguir atañen a los Estados y a quienes participan en el comercio internacional —principalmente empresas, pero también individuos—. Se considera que los Estados deben involucrarse en la negociación y adopción de un conjunto uniforme de normas internacionalmente imperativas de fuente internacional, así como en el fortalecimiento de los mecanismos de cooperación internacional. Todo esto incrementaría la certeza jurídica y mejoraría las herramientas estatales para lidiar con crisis globales como la actual.

Finalmente, con respecto a los contratantes, operadores indispensables en el desarrollo del comercio internacional, se recomienda tomar conciencia de la importancia de negociar cuidadosamente la totalidad de las cláusulas de sus contratos internacionales y actuar en consecuencia. En este sentido, es fundamental que el contrato contenga cláusulas precisas de solución de controversias, de elección de las normas de derecho

aplicables y de gestión de riesgos —incluyendo el riesgo de pandemia y sus diversas consecuencias—. Todas ellas deben ser redactadas con suma diligencia y extrema claridad. Un contrato sólido es la mejor embarcación para navegar por las aguas del comercio internacional en tiempos de incertidumbre.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBORNOZ, Jorge R. y ALL, Paula María, “La *lex mercatoria*, el *soft law* y el derecho internacional privado”, en SILVA, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- ALBORNOZ, María Mercedes, “Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems”, *Journal of Private International Law*, vol. 6, núm. 1, 2010.
- BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1983, t. I.
- Brasil, Decreto Ley 4657, 4 de septiembre de 1942, disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm).
- CDC, *Enfermedad del coronavirus 2019 (COVID-19) — Personas con mayor riesgo de enfermarse gravemente*, página web revisada el 14 de mayo de 2020, Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades, Departamento de Salud y Servicios Humanos, Gobierno de los Estados Unidos de América, disponible en: <https://espanol.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/need-extra-precautions/people-at-higher-risk.html>.
- CISG-AC, Opinión núm. 7, adoptada en Wuhan, República Popular China, el 12 de octubre de 2007, disponible en: [https://www.cisgac.com/file/repository/Spanish\\_opinion7.pdf](https://www.cisgac.com/file/repository/Spanish_opinion7.pdf).
- CNUDMI, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, modificada en 2006, disponible en: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf).
- CNUDMI, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, revisado en 2010 y 2013, disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/uncitral-arbitration-rules-2013-s.pdf>.
- CSSE, *COVID-19 Dashboard*, Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University 2020, disponible en: <https://gisanddata.maps.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6>.

- DE BERTI JACCHIA FRANCHINI FORLANI STUDIO LEGALE, “Force majeure due to the covid-19 emergency in Russia”, *Lexology*, 16 de abril de 2020, disponible en: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e72e88ad-1ad1-43a0-bad9-12ce03877e7c>.
- GLUECK, Ulrike *et al.*, “PRC Supreme People’s Court Announces Guiding Opinions on Trial of Civil Cases concerning COVID-19”, *CMS*, 2020, China, disponible en: [https://www.cms-china.info/insight/2020\\_China/04\\_PRC/Newsletter\\_Corporate.html](https://www.cms-china.info/insight/2020_China/04_PRC/Newsletter_Corporate.html).
- ICC, Cláusulas de fuerza mayor y de onerosidad excesiva (hardship) de la ICC, marzo de 2020, disponible en: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/icc-clausulas-fuerza-mayor-hardship-marzo-2020.pdf>.
- Italia, Ministerio dello sviluppo economico, Circolare 25 marzo 2020 — Attestazioni camerale su dichiarazioni delle imprese di sussistenza cause di forza maggiore per emergencia COVID-19, disponible en: <https://www.mise.gov.it/index.php/it/normativa/circolari-note-direttive-e-atti-di-indirizzo/2040923-circolare-25-marzo-2020-attestazioni-camerale-su-dichiarazioni-delle-imprese-di-sussistenza-cause-di-forza-maggiore-per-emergenza-covid-19>.
- FMI, *Actualización de las perspectivas de la economía mundial*, junio de 2020, disponible en: <https://www.imf.org/es/Publications/WEO>.
- FRANDESCAKIS, Phocion, “Quelques précisions sur les ‘lois d’application immédiate’ et leurs rapports avec les règles de conflit de lois”, *Revue critique de droit international privé*, vol. 55, núm. 1, 1966, pp. 1-18.
- GUARINONI, Ricardo V., *Derecho, lenguaje y lógica*, ed. corregida y aumentada, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2018.
- HCCH, Principios sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, 19 de marzo de 2015, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf>.
- MUIR-WATT, Horatia y RADICATI DI BROZZOLO, Luca G., “Party Autonomy and Mandatory Rules in a Global World”, *Global Jurist*, vol. 4, núm. 1, 2004, pp. [i]-5.
- OEA, Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 8 de mayo de 1979, disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-45.html>.
- OEA, Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, México, 17 de marzo de 1994, disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>. Estado de firmas y ratificaciones, disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html>.

- OEA, *Informe del Comité Jurídico Interamericano sobre la Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas*, OEA/Ser.Q CJI/doc. 577/19 rev.1 corr.2, 8 de agosto de 2019, disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Guia\\_Derecho\\_Aplicable\\_Contratos\\_Comerciales\\_Internacionales\\_Americas\\_2019.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Guia_Derecho_Aplicable_Contratos_Comerciales_Internacionales_Americas_2019.pdf).
- OMC, *Export Prohibitions and Restrictions*, Nota informativa del 23 de abril de 2020, disponible en: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/covid19\\_e/export\\_prohibitions\\_report\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf).
- OMC, *June 2020 Statement of the Ottawa Group: Focusing Action on COVID-19, Communication from Canada*, WT/GC/217, 16 de junio de 2020, disponible en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/covid19\\_s/covid19\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/covid19_s/covid19_s.htm).
- OMS, *Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020*, disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.
- ONU, Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, Viena, 11 de abril de 1980, disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>. Situación actual, [https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale\\_of\\_goods/cisg/status](https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status).
- Panamá, Código de Derecho Internacional Privado, Ley 7, 8 de mayo de 2014, subrogada por Ley 61, 8 de octubre de 2015, *Gaceta Oficial Digital*, jueves 8 de octubre de 2015, disponible en: [https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/27885\\_A/GacetaNo\\_27885a\\_20151008.pdf](https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/27885_A/GacetaNo_27885a_20151008.pdf).
- Paraguay, Ley 5393 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, 14 de enero de 2015, disponible en: <https://www.bacn.gov.py/leyes-para-guayas/4553/ley-n-5393-sobre-el-derecho-aplicable-a-los-contratos-internacionales>.
- PONS RAFOLS, Xavier, “La COVID-19, la salud global y el Derecho Internacional: una primera aproximación de carácter institucional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 39, junio 2020, pp. 1-29, disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num39/articulos/covid-19-salud-global-derecho-internacional-una-primera-aproximacion-caracter-institucional>.
- RIVERA, Julio César y FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (dir.), *Contratos y arbitraje en la era global — Contrats et arbitrage à l'ère globale, Jornadas franco-sudamericanas de derecho comparado — Journées franco-sudaméricaines de droit comparé*, Buenos Aires, 26 y 27 de abril de 2011 — Buenos Aires, le 26 et le 27 avril 2011, Asunción, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) y Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), 2012.

- SARFATY, Galit A., “Shining Light on Global Supply Chains”, *Harvard International Law Journal*, vol. 56, núm. 2, verano 2015.
- TANG, Sophia, “Coronavirus, force majeure certificate and private international law”, *Conflict of Laws.net*, 1 de marzo de 2020, disponible en: <https://conflictoflaws.net/2020/coronavirus-force-majeure-certificate-and-private-international-law/>.
- TORSELLO, Marco y WINKLER, Matteo M., “Coronavirus-Infected International Business Transactions: A Preliminary Diagnosis”, *European Journal of Risk Regulation*, vol. 11, núm. especial 2 (Taming COVID-19 by Regulation), junio 2020.
- UNIDROIT, Principes d’UNIDROIT Relatifs aux Contrats du Commerce International, 2016, disponible en: <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016>.
- UNIDROIT, Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, 2016, disponible en: <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2016/principles2016-blackletter-s.pdf>.
- Uruguay, Apéndice del Título Final del Código Civil, Ley 10084, 3 de diciembre de 1941, disponible en el buscador de legislación del Parlamento del Uruguay, disponible en: <https://parlamento.gub.uy/>.