

FUERZA MAYOR Y *HARDSHIP* BAJO ARBITRAJES INTERNACIONALES EN CONTEXTOS DE CRISIS: UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL COVID-19*

JUAN PABLO GÓMEZ MORENO** E IZABELLA VERGARA ARENAS***

Recibido: 17 de mayo de 2020. Aceptado: 12 de junio de 2020

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar los conceptos de fuerza mayor y *hardship* en arbitrajes internacionales enmarcados en contextos de crisis. Lo anterior, a la luz de las circunstancias globales generadas por el virus COVID-19 y el impacto que esta pandemia puede tener en futuros arbitrajes. Para tal efecto, se hará una reconstrucción de los conceptos de fuerza mayor y *hardship* en las dos principales fuentes jurídicas disponibles en un arbitraje internacional, la ley aplicable y el derecho internacional. Luego, se estudiará la interpretación que los tribunales de arbitraje internacional le han dado a estos conceptos en distintos escenarios de crisis. Para terminar, se presentarán algunas reflexiones prácticas y propuestas de aplicación de la fuerza mayor y el *hardship* en futuros arbitrajes.

PALABRAS CLAVE

Fuerza mayor, *hardship*, arbitraje internacional, arbitraje comercial internacional, crisis.

* Gracias a Andrés Felipe Esteban Tovar por sus valiosos comentarios y por abrirnos la puerta al extraordinario mundo del derecho internacional. Cualquier error o insuficiencia de este artículo es solamente nuestra.

** Abogado y filósofo de la Universidad de los Andes. Estudiante de la Especialización en Derecho de los Negocios Internacionales de la misma universidad. Asociado de la firma Posse Herrera Ruiz. Miembro de Young ICCA, Young ITA, Young ICSID, ICC YAF, ICDR Young & International, Red Juvenil de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y Colombian Very Young Arbitration Practitioners (COLVYAP). Contacto: jp.gomez1102@gmail.com

*** Estudiante de décimo semestre de derecho y psicología de la Universidad de los Andes. Adelanta la coterminación con la Maestría en Derecho Internacional de la misma universidad. Contacto: izabellavergara21@hotmail.com

FORCE MAJEURE AND *HARDSHIP* UNDER INTERNATIONAL ARBITRATION IN CONTEXTS OF CRISIS: AN ANALYSIS IN LIGHT OF COVID-19*

JUAN PABLO GÓMEZ MORENO** AND IZABELLA VERGARA ARENAS***

Received: may 17, 2020. Accepted: june 12, 2020.

ABSTRACT

This article aims to analyze the concepts of *force majeure* and *hardship* in international arbitrations framed in contexts of crisis. This, in light of the recent global circumstances raised by the virus COVID-19 and the impact that this pandemic may have in future arbitrations. In order to do this, a reconstruction of the notions of *force majeure* and *hardship* will be made under the two main legal sources available in an international arbitration: applicable law and international law. Then, interpretations provided to these concepts by international arbitration tribunals in different contexts of crisis will be studied. To conclude, some practical insights and proposals for the application of *force majeure* and *hardship* in future arbitrations will be presented.

KEY WORDS

Force majeure, *hardship*, international arbitration, international commercial arbitration, crisis.

* We are grateful to Andrés Felipe Esteban Tovar for his valuable comments to this paper and for sharing his passion for the extraordinary world of international law. Any mistakes remain ours only

** Abogado y filósofo de la Universidad de los Andes. Estudiante de la Especialización en Derecho de los Negocios Internacionales de la misma universidad. Asociado de la firma Posse Herrera Ruiz. Miembro de Young ICCA, Young ITA, Young ICSID, ICC YAF, ICDR Young & International, Red Juvenil de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y Colombian Very Young Arbitration Practitioners (COLVYAP). Contacto: jp.gomez1102@gmail.com

*** Estudiante de décimo semestre de derecho y psicología de la Universidad de los Andes. Adelanta la coterminación con la Maestría en Derecho Internacional de la misma universidad. Contacto: izabellavergara21@hotmail.com

I. INTRODUCCIÓN

El 30 de enero de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la existencia de un brote de coronavirus (COVID-19) que ponía en riesgo la salud de la población global. El 11 de marzo del mismo año, la OMS declaró que el COVID-19 era una pandemia, por lo cual hizo un “llamamiento a los países para que adoptaran medidas urgentes y agresivas”⁰¹. Como consecuencia, se desencadenaron medidas con el potencial de afectar las relaciones comerciales y los acuerdos suscritos entre distintas partes.

Ante esta situación, varios autores han sugerido estudiar la crisis del COVID-19 desde la óptica de un “derecho internacional de pandemias”⁰². Este artículo busca hacer una contribución a este campo de estudio a partir de un análisis de los conceptos de fuerza mayor y *hardship* en arbitrajes internacionales enmarcados en contextos de crisis. En ese sentido, es importante aclarar que, aunque estos conceptos han sido desarrollados en la teoría y práctica del arbitraje internacional, su aplicación específica a las circunstancias suscitadas por el COVID-19 aún es incierta y requiere mayor investigación.

Por lo anterior, este texto pretende mostrar que, a pesar de la ausencia de precedentes claros sobre arbitrajes en contextos de crisis sanitarias, la aplicación de la fuerza mayor y el *hardship* en casos anteriores relacionados con otros tipos de crisis puede ser de utilidad para aproximarse a estos conceptos en arbitrajes futuros. Con este objetivo, el artículo se divide en tres partes. En primer lugar, se hará una reconstrucción general de los conceptos de fuerza mayor y *hardship* en derecho comparado y dere-

01 “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”, Organización Mundial de la Salud, acceso el 30 de abril 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>.

02 Steve Charnovitz, “The Field of International Pandemic Law”, *International Law and Economic Policy (blog)*, 10 de mayo de 2020. <https://ielp.worldtradelaw.net/2020/05/the-field-of-international-pandemic-law.html>; Armin von Bogdandy y Pedro Villarreal, “International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020-07 (2020)*, doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3561650>

cho internacional. En segundo lugar, se analizará la interpretación de estos conceptos por parte de tribunales de arbitraje internacional en distintos escenarios de crisis. En tercer lugar, se presentarán algunas reflexiones prácticas y propuestas de aplicación para futuros arbitrajes.

II. LA FUERZA MAYOR Y EL *HARDSHIP*

En el arbitraje internacional, los tribunales tienen como marco de referencia la ley aplicable y el derecho internacional⁰³. Por ende, al estudiar la fuerza mayor y el *hardship*, es de gran utilidad conocer la forma en que se han interpretado estos conceptos en ambos escenarios. Para estos efectos, a continuación se estudiará (i) el concepto y características de la fuerza mayor y el *hardship* en el derecho comparado, (ii) las diferencias entre ambos conceptos en *civil law* y *common law*, y (iii) el estatus que tienen en el derecho internacional.

A. FUERZA MAYOR Y *HARDSHIP* EN DERECHO COMPARADO

A. FUERZA MAYOR

Para varios autores, aunque otros se oponen a esta tesis⁰⁴, la fuerza mayor tiene origen en el concepto de *vis maior* del derecho romano⁰⁵. Desde entonces, este concepto se usaba para calificar aquellos eventos sobrevinientes que hacían imposible el cumplimiento de las obligaciones. Según explican estos autores, la noción de fuerza mayor pasó posteriormente al Código Civil francés de 1804 y de ahí a la mayoría de tradiciones del *civil law*. De esta forma, aunque su regulación es particular en cada jurisdicción, sus elementos constitutivos suelen ser comunes⁰⁶. Así, para que exista fuerza mayor, suelen identificarse tres requisitos.

Primero, el evento de fuerza mayor debe estar fuera de la esfera de control de las partes (externalidad). Así, en el caso *Great Elephant Corp. v Trafigura Beheer BV*⁰⁷, se consideró que una conducta de los empleados de una empresa, en particular el incumplimiento de un protocolo obligatorio, es un asunto sobre el cual las partes tienen control, mientras que en *Atlantic Paper Stock Ltd. v St. Anne-Nackawick*

03 Yves Derains y Josefa Sicard-Mirabal, *Introduction to Investor-State Arbitration* (Estados Unidos: Kluwer Law International B.V., 2018), 223.

04 William Buckland, "Casus and Frustration in Ancient Roman Law", *Harvard Law Review* 46, no. 8, (1933): 1281-1300, <https://www.jstor.org/stable/1257136>.

05 James Gordley y Arthur Taylor von Mehren, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials* (Nueva York: Cambridge University Press, 2006); Federica Paddeu, "A Genealogy of Force Majeure in International Law", *British yearbook of international law*, no. 82, (2012): 381-494, doi: <https://doi.org/10.1093/bybil/brs005>

06 Henri Mazeaud, Leon Mazeaud y André Tunc, *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963).

07 *Great Elephant Corp v Trafigura Beheer BV* [2013] EWCA Civ 905 (25 July 2013).

*and Paper Company Limited*⁰⁸ se determinó que un evento como una huelga está fuera de la esfera de control de las partes.

Segundo, el evento de fuerza mayor debe ser inesperado (imprevisibilidad). En varias jurisdicciones, es común que esta imprevisibilidad se evalúe con respecto a los eventos que se espera que ocurran en el giro ordinario de los negocios y al momento en que se suscribió el contrato⁰⁹. En ese sentido, los eventos de la naturaleza, como las condiciones climáticas¹⁰ o una pandemia¹¹, se han considerado eventos imprevisibles, mientras que la crisis económica¹² o la devaluación de la moneda¹³ se han considerado fluctuaciones previsibles del mercado.

Tercero, el evento de fuerza mayor debe hacer imposible el cumplimiento de las obligaciones (irresistibilidad). Para determinar esto, se suele tener en cuenta si la parte incumplida tenía formas alternativas de cumplir sus obligaciones¹⁴. De esta forma, en *National Oil Company v Libyan Sun Oil Company*¹⁵, el tribunal consideró que el evento de fuerza mayor no era irresistible porque, aunque el Estado del demandante había prohibido la importación de productos desde el país del demandado, estos podrían haberse enviado desde otro país.

Por último, en el análisis de la fuerza mayor pueden considerarse dos factores adicionales¹⁶. De una parte, si las partes renunciaron o limitaron su posibilidad de reclamar la fuerza mayor en el contrato, pues estos riesgos pueden ser asignados¹⁷. De otra parte, si el evento de fuerza mayor es en efecto la causa del incumplimiento. En este sentido, en un caso de la Comisión de Mercantes de Grano de

08 *Atlantic Paper Stock Ltd. v. St. Anne-Nackawic Pulp and Paper Company Limited*, [1976] Supreme Court of Canada 1 S.C.R. 580.

09 François Terré, Philippe Simler y Yves Lequette, *Droit Civil: Les obligations* (Francia: Dalloz, 2018).

10 Jean-Louis Baudouin, Pierre-Gabriel Jobin y Nathalie Vézina, *Les obligations*, (Québec : Editions Yvon Blais, 2005): 943-944.

11 *Friends of DeVito v. Wolf*, [2020] A.3d --, 2020 WL 1847100.

12 *Elavon, Inc. v. Wachovia Bank*, [2011] National Association, 841 F. Supp. 2d 1298; *Tri-Town Construction Company v. Commerce Park Associates* [2016] 12, LLC, 139 A.3d 467, 475.

13 Ilya Kokorin y Jeroen Wide, “Force Majeure and Unforeseen Change of Circumstances. The Case of Embargoes and Currency Fluctuations (Russian, German and French Approaches)”, *Russian Law Journal* 3, (2015): 46-82, p. 57, doi: 10.17589/2309-8678-2015-3-3-46-82

14 Ewan McKendrick. *Force Majeure and Frustration of Contract* (Estados Unidos: CRC Press, 2013).

15 *National Oil Corp. v. Libyan Sun Oil Co*, U.S. District Court for the District of Delaware - 733 F. Supp. 800 (D. Del. 1990)

16 Christoph Brunner, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles* (Estados Unidos, Kluwer Law International B.V., 2008), 340.

17 George Triantis, “Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts”, en *Encyclopedia of Law and Economics*, ed., comp. Boudewijn Bouckaert y Gerrit de Geest (Cheltenham: Edward Elgar, 2000).

Rotterdam¹⁸, el tribunal de arbitraje determinó que el demandado estaba usando la defensa de fuerza mayor para ocultar la verdadera razón del incumplimiento, esto es, que no tenía la cantidad suficiente del producto que debía entregar.

Hasta este punto, se presentaron los criterios de externalidad, imprevisibilidad e irresistibilidad de la fuerza mayor. Es necesario aclarar que, aunque se han mencionado algunos eventos típicos de fuerza mayor, este concepto rara vez supone casos fáciles, por lo que su aplicación puede cambiar en distintos casos. Esta salvedad no debe pasarse por alto en el arbitraje, pues la práctica de cada tribunal varía en la medida que cada controversia supone potenciales cambios en la ley aplicable y la designación de los árbitros¹⁹.

B. *HARDSHIP*

A través del derecho canónico, el principio romano *ad impossibilia nemo tenetur* fue reformado y ampliado al principio “nadie está obligado a cumplir una promesa cuando las circunstancias de esta han cambiado lo suficiente”²⁰. Para varios autores, este cambio de la doctrina de la imposibilidad por la teoría del cambio de circunstancias es el origen del *hardship*²¹, cristalizado primero en los sistemas de *common law* a través de los llamados “Casos de la Coronación”²² decididos por las cortes inglesas.

Los Casos de la Coronación son pleitos que fueron presentados como consecuencia del aplazamiento de la coronación del rey Eduardo VII. Principalmente, las disputas surgían entre compradores y vendedores de los boletos para ver el evento: los vendedores reclamaban el pago del precio y los compradores se negaban a pagar porque consideraban que el objeto del contrato se había frustrado²³. De esta forma, en *Krell v Henry*²⁴, el tribunal favoreció a los compradores y argumentó que, aunque el cumplimiento del contrato no era físicamente imposible, el contrato se había frustrado por extinción de su objeto, que era ver la coronación.

18 Brunner, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles*, 351.

19 Emmanuel Gaillard y John Savage, *International Commercial Arbitration* (Estados Unidos: Kluwer Law International, 1999).

20 James Gordley, “Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances”, *American Journal of Comparative Law* 52 (2004), 513-530, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gordley1.html#:~:text=Roman%20law%20developed%20a%20doctrine,lesser%20value%20to%20each%20party>.

21 William Herbert Page, “The Development of the Doctrine of Impossibility of Performance”, *Michigan Law Review* 18, no. 7 (1920): 589-614, doi: <https://doi.org/10.2307/1278026>; Paddeu, “A Genealogy of Force Majeure in International Law”, 381-494.

22 *Krell v Henry* [1903] 2 K.B. 740; *Chandler v Webster* [1904] 1 KB 493; *Herne Bay Steamboat Co v Hutton* [1903] 2 K.B. 683; *Hobson v. Pattenden & Co* [1903] 19 TLR 186; *Clark v Lindsay* [1903] 19 TLR 202; *Griffith v Brymer* [1903] 19 TLR 434.

23 Roy McElroy y Glanville Williams, “The Coronation Cases”, *The Modern Law Review* 4 no. 1, (1941): 241-260.

24 *Krell v Henry* [1903] 2 K.B. 740.

Para estudiar el *hardship*, debe adoptarse un enfoque distinto al que se usó para la fuerza mayor. Al tratarse de un concepto mayoritariamente aplicado en sistemas de *common law*, el *hardship* no suele encontrarse codificado en la legislación doméstica. Por el contrario, es común verlo en las cláusulas contractuales y en las decisiones de los tribunales, por lo que revisar las interpretaciones que ha tenido el término es más pertinente que establecer criterios comunes. En ese orden de ideas, esta sección se divide en (i) el significado del *hardship* en distintas jurisdicciones y (ii) su evolución en los contratos internacionales²⁵.

En principio, podría afirmarse que el *hardship* ha tomado al menos cuatro formas²⁶. En sistemas como los de Francia, Bélgica y Luxemburgo, se tiene la figura de la *imprévision*, que se refiere a circunstancias imprevistas que surgen con posterioridad a la suscripción del contrato y que hacen su ejecución muy onerosa, aunque no imposible²⁷. En estos sistemas, la aplicación del *hardship* es restringida. De esta forma, en *Canal de Craponne*²⁸, se rechazó la solicitud de reajuste de precio de un contrato de irrigación de un canal, pues se consideró que, no obstante la inflación y los costos de trabajo habían incrementado notablemente, los acuerdos no pueden ser alterados por razones de equidad.

En Reino Unido, se aplica la *doctrine of frustration*, que consiste en una justificación al incumplimiento debido a que el objeto del contrato se ve afectado. Es común que esto ocurra en casos de pérdida del cuerpo cierto o muerte de una persona en contratos *intuitu personae*²⁹, en los que el objeto o persona son esenciales al propósito contrato. En ese sentido, en *BP Exploration Co (Lybia) Ltd. v Hunt (No. 2)*³⁰, se determinó que la nacionalización del proyecto petrolero que operaba la empresa BP en Libia había frustrado el contrato entre BP y el titular de la licencia de explotación. En particular, como ya no era posible que BP desarrollara su actividad, mantener un acuerdo sobre la licencia carecía de sentido.

En Estados Unidos, se ha acuñado el concepto de *impracticability*, que se refiere a eventos que hacen el

25 Marcel Fontaine, “The Evolution of Rules on *Hardship*. From the First Study on *Hardship* Clauses to the Enactment of *Hardship* Rules”, en *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World*, comp. Fabio Orloff y Dorothy Ufot, (Francia: International Chamber of Commerce, 2019), Capítulo 1.

26 Marcel Fontaine y Philip de Ly, *Drafting International Contracts: An Analysis of Contract Clauses* (Países Bajos: Brill, 2009); Ingeborg Schwenzer, Christopher Kee y Pascal Hachem, *Global Sales and Contract Law* (Inglaterra: Oxford University Press, 2012).

27 Ewoud Hondius y Christoph Grigoleit, *Unexpected Circumstances in European Contract Law* (Reino Unido: Cambridge University Press, 2011).

28 Caso De Gallifet v. Commune de Pélissanne, [1876] D. 1. 193.

29 Hugh Beale, *Cases, materials and text on contract law* (Reino Unido: Oxford, 2002).

30 BP Exploration Co (Libya) Ltd v Hunt (No. 2) [1979] 1 WLR 783.

cumplimiento de las obligaciones en exceso oneroso³¹. En este caso, el *hardship* se ha aplicado de forma más flexible. En *Soho Alliance v New York City Board of Standards and Appeals (BSA)*³², se reconoció que las restricciones de uso sobre una propiedad habían causado *hardship* a su dueño porque no le permitían desarrollar actividades que le dieran un retorno razonable. De igual forma, en *White Plains Rural Cemetery Association v. City of White Plains*³³, se reconoció que se había causado *hardship* al propietario de un cementerio cuando se le rechazó la licencia para usar un horno crematorio, pues sus pérdidas por este hecho rebasaban un margen de dificultad económica razonable.

En Alemania, el *hardship* se aplica mediante la doctrina del *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, que se refiere a un cambio en las circunstancias esenciales del contrato, que afecta los intereses originales del acuerdo de voluntades. De esta forma, en un caso decidido por el Tribunal del Imperio Alemán, se permitió incrementar el precio de un contrato de abastecimiento debido a que los costos de la actividad del demandante se habían elevado. A juicio de los miembros del tribunal, aunque esta posibilidad no estuviera incluida en el contrato, no hacer el reajuste habría sido una burla a la buena fe, la equidad y la justicia³⁴.

En conclusión, el *hardship* puede presentarse de distintas formas, como circunstancias muy onerosas, frustración del objeto del contrato o cambios fundamentales al acuerdo de voluntades original. En ese sentido, la doctrina aplicable dependerá de cada jurisdicción y tribunal. Sin embargo, debe resaltarse que la defensa de *hardship* debe tener los criterios de externalidad e imprevisibilidad³⁵, en iguales términos a la fuerza mayor.

Ahora bien, al revisar la evolución del *hardship* en los contratos internacionales, se debe resaltar que estas cláusulas son cada vez más sofisticadas. De esta forma, cuando se observa la redacción de distintos contratos, es posible identificar que las primeras cláusulas de *hardship* eran simples y contenían lenguaje ambiguo, lo que generaba riesgos interpretativos. En ese sentido, se encuentran cláusulas como la siguiente: “en caso de ocurrir un cambio de circunstancias, que causen un *hardship*, ambas partes acuerdan adaptar el contrato siguiendo un espíritu de equidad³⁶” (traducción propia).

31 José Chamie, “Frustration of contract e impossibility of performance in el common law inglés”, *Revista De Derecho Privado* 16 (2009): 187-212. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/513>.

32 *Soho Alliance v. New York City Bd. of Standards and Appeals* [2000] NY Int. 0130.

33 *Matter of White Plains Rural Cemetery Assn. v City of White Plains* [2019] NY Slip Op 00606.

34 Nigel Foster y Satish Sule, *German Legal System and Rules* (Reino Unido: Oxford University Press, 2010), 472.

35 Clive M. Schmitthoff, *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, ed. Chia-Jui Cheng (Países Bajos, Brill, 1988).

36 Fontaine, “The Evolution of Rules on *Hardship*, Cap. 1.

Por el contrario, con el paso del tiempo, se han desarrollado cláusulas más detalladas que se redactan en el contexto de operaciones y mercados concretos, que responden a su vez a contratos de un carácter más técnico. A manera de ejemplo, actualmente hay cláusulas de *hardship* con términos como “eventos disruptivos del mercado” y “efecto material adverso”³⁷, que han sido incluidos por las partes porque hacen parte del lenguaje típico de ciertos proyectos, como los acuerdos financieros y transaccionales complejos³⁸.

Para terminar, debe aclararse que, aunque en la práctica es difícil diferenciar fuerza mayor y *hardship*^{39,40}, hay claras distinciones entre ambos conceptos⁴¹. Por una parte, la fuerza mayor surge ante una imposibilidad de cumplimiento, mientras que el *hardship* surge por cambios de circunstancias que alteran el contrato sin hacer imposible el cumplimiento⁴². Por otra parte, la fuerza mayor es una excusa al cumplimiento, lo que resulta en su suspensión o terminación, mientras que el *hardship*, aunque puede tener los mismos efectos, es ante todo una invitación a que las partes o los tribunales lo reajusten⁴³.

B. DIFERENCIAS EN CIVIL LAW Y COMMON LAW

Esta sección no pretende hacer un recuento exhaustivo de la fuerza mayor y el *hardship* en distintos sistemas jurídicos. En ese sentido, sólo se presentarán algunas consideraciones sobre la importancia de distinguir la ley aplicable y los aspectos más relevantes a considerar en la práctica al momento de incluir y hacer efectivas estas defensas. En principio, la necesidad de esta sección surge porque, aunque las partes crean que pueden pactar libremente en el contrato los términos de la fuerza mayor y el *hardship*, es común que se sorprendan al ver cómo los tribunales aplicaron estos conceptos⁴⁴.

37 Ugo Draetta, “Les Clauses de Force Majeure dans les Contrats Internationaux”, *International Business Law Journal* 2002, no. 3 & 4 (2002) : 347-352.

38 Caroline Long, Ian Jack y Brian Cain, “Market disruption clauses”, *Law and Financial Markets Review* 3, no. 1 (2015): 45-48; David Denis y Antonio Macías, “Material Adverse Effects Clauses and Acquisition Dynamics”, *Journal of Financial and Quantitative Analysis* 48, no. 3 (2013): 819-847.

39 Al respecto, a fuerza mayor no intenta cubrir las circunstancias que pueden presentarse, sino los sucesos inesperados. Sin embargo, en la redacción de estas cláusulas cada vez es más común que el ámbito de aplicación de estas se expanda, tratando de anticipar y mencionar eventos específicos, lo que las transforma en cláusulas sobre cambio de circunstancias.

40 Schwenger, Kee y Hachem, *Global Sales and Contract Law*, 45-47.

41 Hubert Konarski, “Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice”, *International Business Law Journal* 4 (2003): 405-428

42 Schwenger, Kee y Hachem, *Global Sales and Contract Law*, 49-50

43 Véase art. 6.2.3 de los UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS.

44 Werner Melis, “Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration”, *Journal of International Arbitration* 1, no. 3 (1984): 212-222.

En *civil law*, es común que la fuerza mayor esté codificada en la ley, por lo que esta puede ser aplicada por los tribunales sin necesidad de estipulación contractual, mientras que en *common law* puede que la fuerza mayor no sea reconocida a menos que las partes lo acuerden en el contrato⁴⁵. Por el contrario, en *common law* es común que el *hardship* sea reconocido por los tribunales⁴⁶, mientras que en *civil law* este concepto tiene una aplicación restringida, incluso si está reconocido en la ley o el contrato. Para algunos, esto se debe a que reconocer estas defensas suscita una tensión con el *pacta sunt servanda*, ante la cual los tribunales suelen privilegiar la santidad de los contratos sobre la justificación de un incumplimiento⁴⁷.

De esta forma, los retos que supone la ley aplicable son al menos dos. Primero, si se trata de un sistema de *civil law* y los términos de las cláusulas de fuerza mayor o *hardship* son hechos a la medida, el contrato puede ser contrario a reglas imperativas. Lo anterior, pues es posible que la noción y efectos de estas instituciones jurídicas ya estén definidas en la ley, lo que no admite pacto en contrario. Segundo, si la ley aplicable es de un sistema de *common law*, para el caso de una cláusula de fuerza mayor, o de un sistema de *civil law*, para el caso de una cláusula de *hardship*, y los términos de las cláusulas son vagos o inexistentes, puede que los tribunales no reconozcan la aplicabilidad de los conceptos o que los interpreten de una manera contraria a las expectativas de las partes⁴⁸. En ese sentido, como las reglas de cada jurisdicción alteran los resultados, estas siempre deben considerarse.

En la práctica de los tribunales, tanto en *civil law* como en *common law*, estos conceptos se rigen por la interpretación restrictiva de las cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad⁴⁹ y pocas veces se reconocen a favor de la parte que las reclama, incluso en escenarios que parecerían extremos⁵⁰. De esta forma, en *Canal de Craponne*⁵¹ y en *British Movietone News Limited v London and District Cinemas Ltd*⁵², se determinó que dos contratos que habían sido firmados antes de la guerra debían mantener los mismos términos durante la posguerra, aunque para ese entonces los precios originales eran exorbitantes.

45 Chamie, “Frustration of contract e impossibility of performance en el common law inglés”, 187-212.

46 Clare Ambrose, “Force Majeure in International Contracts: The English Law Perspective”, *Business Law International* 3 (2003): 234-240.

47 Schwenzer, Kee y Hachem, *Global Sales and Contract Law*, 45-88.

48 Michael Polkinghorne y Charles Rosenberg, “Expecting the Unexpected: The Force Majeure Clause”, *Business Law International* 16, no. 1 (2015): 49-64.

49 Gyula Eörsi, “The Validity of Clauses Excluding or Limiting Liability”, *The American Journal of Comparative Law* 23, no. 2 (1975): 215-235, <https://www.jstor.org/stable/839105?seq=1>.

50 René David, “Frustration of Contract in French Law”, *Journal of Comparative Legislation and International Law* 28, no. 3 (1946): 11-14.

51 Case De Gallifet v. Commune de Pélissanne, [1976] D. I. 193.

52 British Movietone News Limited v. London and District Cinemas Limited, [1952] AC 166.

C. ESTATUS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En el universo de los principios del derecho internacional, el *pacta sunt servanda* gobierna la santidad de los acuerdos entre las partes, mientras que el *rebus sic stantibus* refleja la necesidad de ajustar estos acuerdos cuando las circunstancias que les dieron lugar cambian de manera sustancial. La existencia de estos principios crea una tensión que, para algunos autores, se resuelve por vía del principio de la buena fe⁵³. De esta forma, aunque la regla general es que los acuerdos son ley para las partes, en casos excepcionales se admiten defensas como la fuerza mayor y *hardship*. Lo anterior, bajo el entendido que sería contrario a la buena fe, medida en términos de razonabilidad, justicia y equidad, exigir a las partes el cumplimiento de algo imposible o excesivamente oneroso⁵⁴.

La aplicación del principio *rebus sic stantibus* por parte de los Estados no es ninguna novedad en el derecho internacional. Desde antes del siglo XX, Rusia se valió de este principio para notificar en 1871 y 1886 su decisión de rehusarse a cumplir ciertas obligaciones internacionales, adquiridas bajo el Tratado de París (1856) y el Tratado de Berlín (1878), debido a que las condiciones originales que habían dado lugar a la firma de estos tratados habían cambiado⁵⁵. De igual manera, el principio *rebus sic stantibus* fue alegado por Austria-Hungría para la anexión de Bosnia y Herzegovina en 1908, y por China para la notificación a Bélgica en 1926 de su intención de dar por terminado el tratado suscrito por ambas partes el 2 de noviembre de 1985⁵⁶.

Desde entonces, el principio *rebus sic stantibus*, ha tenido mayor desarrollo a través de los conceptos de fuerza mayor y *hardship*, pues estos se han incorporado en varios tratados y han llegado a ser reconocidos como principios generales de derecho internacional⁵⁷. Por una parte, en derecho público consuetudinario, el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (VCLT) se refiere al cambio fundamental en las circunstancias de un tratado, lo que en teoría podría hacerlo el referente más cercano al *hardship*. Asimismo, en el Proyecto sobre la Responsabilidad de los Estados por hechos Internacionalmente Ilícitos (Artículos ILC), el artículo 23 incorpora la noción de fuerza mayor como una de las defensas por medio de las cuales el Estado puede excusar su responsabilidad.

53 Brunner, *Force Majeure and Frustration of Contract*. Cap. 5

54 Ibid.

55 K.R.R. Sastry, "Clausula Rebus Sic Stantibus in International law, *Canadian Bar Review* 13, no. 4 (1935): 227-229.

56 Sidik Suraputra, "Doctrine OF Rebus Sic Stantibus and law of International treaty", *Jurnal Hukum Internasional* 11, no. 4 (2014): 462-482.

57 James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Reino Unido: Cambridge University Press, 2002), 77-189.

Por otra parte, en el ámbito del derecho internacional privado, el artículo 7.1.7 de los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales (UPPIC), el artículo 6.III de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL) y el artículo III 1:111 del Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR) establecen las reglas aplicables en el caso de un cambio de circunstancias⁵⁸. De igual forma, aunque la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) no tiene referencias expresas a fuerza mayor o *hardship*, su artículo 79 menciona la exoneración de responsabilidad debido a un impedimento ajeno a la voluntad de las partes. Por último, desde 2003, la Cámara de Comercio Internacional (ICC) ha elaborado cláusulas modelo de fuerza mayor y *hardship* que tienen gran acogida en los contratos internacionales.

En cuanto a tribunales internacionales, en algunos casos decididos por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos (IUSCT)⁵⁹ se ha reconocido que la fuerza mayor, al ser un concepto incorporado o aplicado en la mayoría de las jurisdicciones, es un principio general del derecho. Sin embargo, al analizar las controversias comerciales en las que se ha invocado el artículo 79 de la CISG, es evidente que la regla general es aún la aplicación restringida de estas defensas⁶⁰. De esta forma, se ha rechazado que sean eventos constitutivos de fuerza mayor: un aumento del 30% en los precios de un producto⁶¹, una moratoria impuesta por el Gobierno que causa demoras en el cumplimiento⁶², una falta de moneda convertible en el banco de una de las partes⁶³ y un incumplimiento de terceros proveedores que redundaba en la pérdida de capacidad de una de las partes para entregar ciertos bienes⁶⁴.

III. ARBITRAJES EN CONTEXTOS DE CRISIS

En el último siglo, el mundo ha experimentado un importante número de crisis sanitarias ocasionadas por enfermedades como zika, SARS y ébola⁶⁵, en las que las medidas gubernamentales y el impacto de estas en los mercados siempre han estado presentes. En ese sentido, cabe preguntarse cuál es la

58 Ingeborg Schwenzer, "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts", *Victoria University Law Review* 39 (2008): 709-726, <https://doi.org/10.26686/vuwlr.v39i4.5487>

59 *Anaconda Iran Ltd. v. Iran* [1986], 13 IRAN-U.S. C.T.R., at 199 et seq; *Mobil Oil Iran, Inc. et al. v. Iran*, 16 IRAN-U.S. C.T.R., at 3 et seq.

60 Ulrich Magnus, "Force Majeure and the CISG", en *The International Sale of Goods*, ed. comp. Peter Sarsevic y Paul Volken (Estados Unidos: Kluwer International Law, 2001): 1-35.

61 *Nuova Fucinati v. Fondmetall International*, [1993] District Court Monza.

62 ICC Arbitration Case No. 7197 of 1992.

63 Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award: 123/1992.

64 Schiedsgericht der Handelskammer [Arbitral Tribunal] Hamburg, Partial award of 21 March 1996; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Arbitration proceeding 155/1994.

65 Nathan Grubaugh et. al., "Tracking virus outbreaks in the twenty-first century", *Nature Microbiology* 4 (2019): 10-19.

capacidad de las instituciones jurídicas y tribunales de arbitraje internacional para responder a estas circunstancias. En teoría, existe cierto consenso de aceptar las epidemias como eventos típicos de fuerza mayor. La cláusula modelo de la ICC califica estos eventos en su artículo 3(e) como tal. Sin embargo, hasta la llegada del COVID-19 y los futuros arbitrajes que se pronostican como consecuencia de este⁶⁶, no se había tenido la oportunidad de analizar a fondo este asunto.

En cuanto a crisis sanitarias, el referente más cercano a la pandemia es quizás el que tuvo lugar en el *Bischoff Case*⁶⁷. En este caso, la Comisión de Reclamaciones Mixtas Alemania-Venezuela desestimó un reclamo por daños y perjuicios ocasionados por el decomiso que realizaron las autoridades venezolanas de una flota en el que iban pasajeros contagiados con viruela. En particular, se determinó que “ciertamente durante una epidemia de una enfermedad infecciosa no puede haber responsabilidad por el ejercicio razonable de los poderes de policía”⁶⁸. Sin embargo, este análisis está orientado hacia la doctrina de poderes policivos del Estado y elude la discusión del presente artículo en cuanto a fuerza mayor y *hardship*. Por ende, una mejor aproximación para entender futuros arbitrajes podría ser la de revisar algunos escenarios que pueden estar asociados a la crisis sanitaria.

A. CAMBIOS EN LAS VARIABLES ECONÓMICAS

En el contexto del COVID-19, distintos actores del mercado se han visto duramente afectados. En América Latina y otros países, el doble impacto de la recesión económica por la pandemia y la crisis del petróleo han impactado en una devaluación de las monedas nacionales⁶⁹. Asimismo, el Banco Mundial⁷⁰ ha proyectado una recesión en África sub-sahariana después de 25 años, mientras que en Asia la productividad y las exportaciones disminuyeron sustancialmente⁷¹. En Europa, el PIB ha disminu-

66 Ahmed Bakry, “The Covid-19 Crisis and Investment Arbitration: A Reflection From the Developing Countries”, *Kluwer Arbitration (blog)*, abril 21 de 2020, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/21/the-covid-19-crisis-and-investment-arbitration-a-reflection-from-the-developing-countries/?print=print&doing_wp_cron=1589776544.1255300045013427734375

67 Comisión de Reclamaciones Mixtas Alemania – Venezuela, *Caso Bischoff* (1903)

68 *Ibid.*, 420

69 Morgan Grenier, “How is covid impacting global currency”, *Airshare a Workforce Globalization (blog)*, 25 de mayo de 2020, <https://airshare.air-inc.com/how-is-covid-19-impacting-global-currency>.

70 “Covid-19 Drives Sub-Saharan Africa Toward First Recession in 25 Years”, *Banco Mundial*, acceso el día 1 de mayo de 2020, <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2020/04/09/covid-19-coronavirus-drives-sub-saharan-africa-toward-first-recession-in-25-years>.

71 “The Economic Impact of COVID-19 on Asia-Pacific” *Oxford Economics*, acceso el abril 25 de 2020, <https://www.oxfordeconomics.com/recent-releases/The-Economic-Impact-of-COVID-19-on-Asia-Pacific>

do en un 3,8% y en Estados Unidos se han registrado más de 30 millones de personas desempleadas⁷².

Esta sección hará especial énfasis en la interpretación que se ha dado a la fuerza mayor y el *hardship* en contextos de aumentos de precio. Debe tenerse en cuenta que los cambios en estas variables representan aspectos no contemplados al negociar los términos del contrato y que hacen el cumplimiento de las obligaciones muy oneroso⁷³. Sin embargo, por regla general, no tendría lugar la activación de estas defensas si la racionalidad detrás del reclamo es simplemente que un negocio ha dejado de ser lucrativo⁷⁴.

HUNGARIAN STATE ENTERPRISE V. JUGOSLAVENSKI NAFTAVOD⁷⁵

Las partes tenían un acuerdo en torno al uso de un oleoducto que atravesaba la frontera entre Hungría y Yugoslavia. Según el contrato, una de las partes se obligaba a usar el oleoducto de la otra para la importación de petróleo a largo plazo y pactando unas cantidades mínimas de producto que sería transportado con cierta regularidad. La disputa surgió porque las cantidades de producto pactadas disminuyeron por debajo de lo acordado. El demandante argumentó la fuerza mayor por el deterioro del mercado de petróleo debido a la Guerra Irak-Irán y sus efectos en la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), lo que afectó el consumo de petróleo y, por ende, las cantidades transportadas. El tribunal *ad hoc* determinó que la defensa no estaba justificada porque las partes conocían el contexto de conflicto entre Irak e Irán y la actitud de la OPEP de suscribir el contrato.

Este caso muestra la importancia del criterio de imprevisibilidad. Aunque la subida de precios estaba asociada a un típico evento sobreviniente, como es el caso del conflicto armado, el tribunal estimó que se trataba de un hecho previsible. En ese sentido, debe resaltarse que la fuerza mayor causada por guerras se ha invocado en múltiples casos, aunque no se ha reconocido en todos⁷⁶. Esto dirige la atención hacia tres asuntos. Primero, el conflicto Irak-Irán era un asunto político global, por lo que podía ser conocido por las partes sin dificultad. Segundo, el comportamiento de la OPEP y las

72 Sophia Chen et. al., “The economic impact of Covid-19 in Europe and the US: Outbreaks and individual behaviour matter a great deal, non-pharmaceutical interventions matter less”, *VOX CEPR Policy Portal* (blog), 11 de mayo de 2020, <https://voxeu.org/article/economic-impact-covid-19-europe-and-us>

73 Mahmoud Firoozmand y Javad Zamani, “Force majeure in international contracts: current trends and how international arbitration practice is responding”, *Arbitration International* 33, no. 3 (2017): 397-398, <https://doi.org/10.1093/arbint/aix021>.

74 Ingeborg Schwenzer, “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”, *Victoria University Law Review* 39 (2008): 709-726, <https://doi.org/10.26686/vuwlr.v39i4.5487>.

75 Hungarian State Enterprise v. Jugoslavenski Naftovod [1984] IX YBCA 69.

76 Jure Zrilic, “Armed Conflict as Force Majeure in International Investment Law”. *Manchester Journal of International Economic Law* 16, no. 1, (2019): 28-56; ICC caso No. 1703 (1971); ICC caso No. 2546 (sin publicar); *Serbian Loans* PCIJ Ser A No. 20 (1929); *Brazilian Loans* PCIJ Ser A No. 21 (1929)

posibles repercusiones en el mercado eran asuntos específicos de la industria de las partes, por lo que era razonable exigirles que estuvieran al tanto. Tercero, las señales de la guerra habían iniciado antes de las negociaciones entre las partes y se encontraban vigentes al suscribir el contrato.

En ese sentido, los asuntos mencionados parecen ajustados al estándar de diligencia que se exige a las partes en arbitrajes internacionales, toda vez que, en su calidad de comerciantes, se les entiende como profesionales competentes⁷⁷. De esta forma, los tribunales son estrictos cuando se considera razonable pensar que las partes pudieron conocer los eventos sobrevinientes como parte de su práctica de negocios. Sin embargo, tratándose de un entorno político cambiante y sujeto a la voluntad diplomática de los Estados, cabe cuestionar dónde se pone límite a lo que es o no razonable esperar que conozcan las partes.

STEEL BARS CASE⁷⁸

Las partes, de Egipto como demandante y de Yugoslavia como demandado, suscribieron un contrato para la venta de acero. El comprador, según lo estipulado en el contrato, notificó al vendedor que quería adquirir una cantidad adicional del producto al precio acordado. Sin embargo, el vendedor se rehusó y argumentó que, como el valor del producto en el mercado había incrementado, el contrato debía ser ajustado. No obstante, el tribunal determinó que, para dar la razón al demandado, era necesario que existiera una cláusula de ajuste de precio o que el contrato se hubiera frustrado. En ese sentido, el tribunal descartó la primera posibilidad y estableció que el incremento del valor del producto era un factor que podría haberse anticipado y que no se trataba de un cambio sustancial, pues un aumento del 13.16% en los costos se encontraba dentro del margen acostumbrado.

En este caso, se presenta una defensa de *hardship* y se identifican al menos tres inquietudes conceptuales. La primera es la importancia que le da el tribunal a la existencia o no de una cláusula de ajuste de precio en el contrato. Esto resalta nuevamente la importancia de la redacción del contrato y demuestra que un error en esta etapa puede ser decisivo en la resolución del caso. La segunda es la referencia que se hace a lo que podría llamarse un test de materialidad, esto es, preguntarse qué tan sustancial es la variación que afecta alguna de las variables económicas del negocio, por ejemplo, el valor de un producto en el mercado. Sobre este punto, cabe anotar que a partir de la decisión no es claro qué factores deben tenerse en cuenta para hacer este análisis y pareciera sugerirse que se trata de punto sobre el cual el tribunal tiene un grado importante de discrecionalidad.

77 Bernardo Cremades “Good Faith in International Arbitration”. *American University International Law Review* 27, no. 4 (2012): 761-788.

78 ICC Arbitration Case No. 6281 of 26 August 1989.

B. ILEGALIDAD SOBREVINIENTE

Cuando aparecen normas que hacen ilegal la ejecución de un contrato después que este se haya suscrito, se hace referencia a un evento de ilegalidad sobreviniente⁷⁹. Esta figura no sólo cubre normas posteriores al contrato, sino también normas anteriores que no se hubieran aplicado o que sean aplicadas diferente a lo acostumbrado⁸⁰. Los criterios de imprevisibilidad e irresistibilidad son particularmente enfatizados al momento de analizar este escenario.

ICC CASO NO. 2216 DE 1976⁸¹

La parte demandada, una empresa noruega, incumplió la obligación de entregar ciertas cantidades de petróleo a una compañía controlada por otro Estado. En su defensa, la empresa noruega presentó dos argumentos. Por una parte, la caída de los precios del petróleo desde la fecha de suscripción del contrato y la fecha en que esta inició su ejecución. Por otra parte, que las autoridades cambiarias noruegas interfirieron con el cumplimiento del contrato porque se rehusaron a otorgar ciertas autorizaciones al demandado, argumentando que sus operaciones implicaban una pérdida de moneda extranjera para la nación. Frente a esto, el tribunal determinó que los eventos descritos no eran imprevisibles ni irresistibles porque las regulaciones cambiarias se encontraban vigentes desde antes de la suscripción del contrato, por lo cual era obligación del demandado gestionar el cumplimiento de estas.

Este caso sugiere al menos dos conclusiones. En primer lugar, las partes deben tener presentes las regulaciones existentes al momento de negociar el contrato. Esto quiere decir que deben conocer a qué reglas estará sujeta la ejecución del acuerdo y las posibles contingencias que pueden presentarse con las autoridades y los trámites regulatorios⁸². En segundo lugar, esta exigencia incrementa para la parte incumplida si se trata de una persona que tiene experiencia con estas gestiones, pues se considerará que están en su esfera de control y se encuentra obligado a actuar con diligencia para asumir la carga de resolverlas.

79 Firoozmand y Zamani, "Force majeure in international contracts", 397-398

80 Giuditta Cordero-Moss, *International Commercial Arbitration: Party Autonomy and Mandatory Rules* (Reino Unido: Cambridge University Press, 1999), 345.

81 ICC, case No. 2216, 102 *Clunet* 917 (1975).

82 Hubert Konarski, "Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice", *International Business Law Journal*, no. 4, (2003): 405-428.

REGIS PAILLARDON V ARCHER-DANIELS MIDLAND AND ADM LATIN AMERICA⁸³

Las partes suscribieron varios acuerdos a través de los cuales el demandado pagaría al demandante para trabajar como aliado estratégico en la comercialización de ciertas materias primas en el mercado venezolano. En algún punto, el demandado decide terminar estos acuerdos y el demandante exige que se le transfieran pagos pendientes. Ante esta solicitud, el demandado se rehúsa, lo que da origen a la controversia. En su defensa, el demandado argumentó la ilegalidad sobreviniente. De acuerdo con lo anterior, este consideraba que el demandante había violado las regulaciones penales y cambiarias, porque había cometido irregularidades en ciertas facturas, lo que había invalidado los contratos entre las partes.

En su análisis, el tribunal decide que no se ha probado la ilegalidad sobreviniente y presenta varias razones para sostener esta conclusión. Primero, que las supuestas irregularidades, si las hubiera, se encontrarían en las facturas y no en los contratos subyacentes. Por ende, no todas las transacciones que se habían realizado tenían este vicio, sino únicamente una parte de estas. Segundo, que el demandante no había probado un nexo causal efectivo entre las regulaciones que se habían violado y los actos del demandado. En ese orden de ideas, los hechos sugerían que, aunque el demandado considerara irregulares las prácticas del demandante, estas no estaban expresamente sancionadas por la legislación. Tercero, que las medidas adoptadas por el demandante no eran ilegales, sino ingeniosas y acordes a lo que cualquier hombre de negocios audaz habría hecho para mejorar su actividad económica.

Este caso muestra varias consideraciones del mayor interés. En primer lugar, que es viable el uso de la ilegalidad sobreviniente como una excusa al cumplimiento cuando una ley ha sancionado como ilícitos ciertos comportamientos. En segundo lugar, que la prueba de esta defensa se enfrenta a importantes retos probatorios, de los cuales cabe destacar al menos tres: primero, considerar y delimitar claramente cuál es el objeto que se ve afectado por el evento o instrumento que genera la ilegalidad sobreviniente; segundo, mostrar una causalidad precisa entre la fuente del ilícito, la actividad del contrato afectada por este y las implicaciones de lo anterior sobre obligaciones de las partes; tercero, diferenciar entre prácticas comerciales ventajosas y actitudes cuestionables bajo la legalidad de un sistema.

83 ICDR, Regis Paillardon v. Archer-Daniels-Midland Company and ADM Latin America Inc. ICDR Case No. 50-180-T-00433-10

IV. REFLEXIONES PARA FUTUROS ARBITRAJES

Con el COVID-19, se ha pronosticado un incremento en los arbitrajes internacionales⁸⁴ y en algunos casos ya se ha advertido sobre esta posibilidad⁸⁵. En ese contexto, la fuerza mayor y el *hardship* son defensas que pueden tener gran relevancia. A continuación, se presentarán, algunas reflexiones para evitar o enfrentar futuros arbitrajes.

A. LA REDACCIÓN DE MEJORES CLÁUSULAS

En materia de fuerza mayor y *hardship*, hay al menos tres razones por las cuales las partes deberían tener un rol activo en redacción de los contratos. Primero, porque estas defensas se suelen regular en los contratos, lo que hace de estos la fuente más importante en muchos arbitrajes⁸⁶. Segundo, porque es usual que los tribunales tengan deferencia frente a los acuerdos entre las partes⁸⁷, lo que hace probable que prevalezca lo pactado. Tercero, porque es común que las partes pasen por alto los pormenores del documento⁸⁸, lo que hace necesario prever y evitar esta aproximación de manera eficaz. En ese sentido, se señalarán al dos aspectos a tener en cuenta en la redacción de mejores cláusulas contractuales.

En primer lugar, las cláusulas deben ser armónicas con la ley aplicable. Las partes pueden tener la intención de regular libremente en sus contratos la definición y el alcance de la fuerza mayor y el *hardship*⁸⁹, sin embargo, esto puede traer importantes incompatibilidades. Para entender este punto, se mencionan a continuación dos ejemplos. Por un lado, entre partes de la industria de construcción, pueden usarse al nivel del contrato términos como “frustración”, “riesgos exceptuados” o “riesgos especiales”, que aparecen y se definen en las Condiciones Generales del Contrato para Obras Civiles (FIDIC), y que son de común aplicación en el sector. Sin embargo, estos pueden tener una interpretación diferente bajo la ley aplicable, lo que puede generar tensión entre la voluntad de las partes y la interpretación de un tribunal.

84 Bakry, “The Covid-19 Crisis and Investment Arbitration”.

85 Ver intención de arbitraje presentada por Devianes contra Perú por la suspensión de peajes durante la pandemia: <https://ciarglobal.com/devianes-presenta-arbitraje-de-inversiones-contra-peru-en-ciadi/>.

86 G.R. Delaume, “Excuse for Non-Performance and Force Majeure in Economic Development Agreements”, *Columbia Journal of Transnational Law*, no. 10 (1971): 225-250.

87 Zeyad A. Al Qurashi, “Renegotiation of International Petroleum Agreements”, *Journal of International Arbitration* 22, no. 4 (2005): 261-300.

88 Karl H. Böckstiegel, “Hardship, Force Majeure and Special Risks Clauses in International Contracts”, en *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, ed. Norbert Horn (Estados Unidos: Kluwer, 1985): 159-173.

89 Werner Melis, “Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration”. *Kluwer Law International* (1984): 1-6.

Por otro lado, el significado de fuerza mayor o *hardship* bajo la ley aplicable puede ser contrario al que las partes presumen cuando presentan su defensa en un caso. Sobre este punto, los hechos de *Niko Resources v Bangladesh Petroleum Exploration & Production Co*⁹⁰ son precisos. En este caso, el demandado, que presentaba una defensa de fuerza mayor, argumentó que un requerimiento judicial ocurrido en 2005 le impedía pagar un contrato de 2006. A juicio del tribunal, la ley aplicable era la de Bangladesh, que en el artículo 56 de la norma relevante definía esta defensa en los siguientes términos: “un contrato de hacer un acto que, después de suscrito el contrato, se torna imposible o, por un evento que el obligado no pudo prever, contrario a la ley, se vuelve ineficaz cuando el acto se torna imposible o ilegal” (traducción propia, párrafo 196). De esta forma, el tribunal decidió que, aunque el evento mencionado pudiera dar lugar a la defensa, la fuerza mayor sólo podía invocarse respecto de eventos posteriores al contrato, por lo que desestimó el argumento⁹¹.

En segundo lugar, las cláusulas de fuerza mayor y *hardship* deben ser hechas a la medida según las particularidades de cada negocio⁹². En la práctica, es usual el uso de cláusulas modelo de fuerza mayor y *hardship*, como las de la ICC. Aunque las proformas pueden ser un punto de partida de utilidad para las partes, estas deberían adaptarse. Por ejemplo, la cláusula de fuerza mayor de la ICC, actualizada para 2020, hace referencia a “epidemias” en la sección 3(e). Sin embargo, el lenguaje podría ampliarse a medidas asociadas que son comunes en varios Estados, como cuarentenas, cierre de fronteras o suspensión de actividades⁹³. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta la coherencia de las cláusulas con el tipo de contrato y las modificaciones pertinentes a la estructura de estas.

Con respecto al primer punto, es clave que las partes conozcan la totalidad del contrato y sus especificidades⁹⁴. A manera de ejemplo, como muestra el caso de *Kyocera Corp. v Hemlock Semiconductor LLC*⁹⁵, un contrato que tiene a su vez una cláusula de fuerza mayor y un sistema *take or pay*, que obliga al comprador o bien a tomar los bienes o bien a pagar al vendedor, sería objeto de mayor análisis, pues sin importar que un evento haga imposible para el comprador tomar los bienes, de todas formas le es exigible el pago.

90 ICSID Case No. ARB/10/18, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (“Bapex”) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (“Petrobangla”)*.

91 Polkinghorne y Rosenberg, “Expecting the Unexpected: The Force Majeure Clause”, 49-64.

92 Por oposición, se encuentra el uso de modelos de cláusula sobre proformas. Esta práctica ha sido promovida en gran medida por los instrumentos internacionales como los UPPIC y las cláusulas modelo de la ICC.

93 Augenblick y Rousseau, “Force Majeure in Tumultuous Times: Impracticability as the New Impossibility: It’s Not as Easy to Prove as You Might Believe”, 59-75.

94 Fontaine y De Ly, *Drafting International Contracts*, 401-451

95 *KYOCERA CORPORATION v. HEMLOCK SEMICONDUCTOR, LLC* [2015] Docket No. 327974.

Frente al segundo punto, es importante tener en cuenta la estructura de las cláusulas. Es común que estas estén redactadas en dos partes: una enumeración de eventos de fuerza mayor y una definición general para eventos no previstos (*catchcall*)⁹⁶. Por una parte, al redactar la lista de eventos, se deberían tener en cuenta las especificidades técnicas y operativas del negocio, los intermediarios, el tipo de contrato, la ley aplicable y la situación en el territorio de las partes involucradas⁹⁷. Por otra parte, al redactar el *catchcall*, debería evitarse cualquier lenguaje vago o ambiguo que cause problemas al momento de interpretarse.

En algunos foros, una correcta redacción de los eventos enumerados y el *catchcall* es sustancial en una defensa exitosa. Este es el caso, por ejemplo, ante las cortes de Nueva York. De una parte, en *Kel Kim Corp. v Central Markets, Inc.*⁹⁸ se determinó que sólo se considerarían excusados de cumplimiento los eventos listados en la cláusula. De otra parte, en *Team Marketing USA Corp. v. Power Pact, LLC*⁹⁹, se estableció que, si la cláusula tenía un lenguaje genérico como el *catchcall*, se permitirían todos los eventos de una naturaleza similar. En ese sentido, aunque en este caso se asumió una aproximación más flexible, se sostuvo que era necesario hacer referencia de alguna forma a los eventos de fuerza mayor.

B. IMPREVISIBILIDAD E IMPOSIBILIDAD

En cuanto a la imposibilidad, es importante aclarar que el hecho mismo de regular eventos constitutivos de fuerza mayor en el contrato sugiere *de facto* que estos fueron previstos, lo que refleja una paradoja entre la práctica contractual y la naturaleza de un evento imprevisible¹⁰⁰. Además, debe tenerse en cuenta que mencionar estos eventos en el contrato no garantiza automáticamente que el tribunal los aceptará como eventos constitutivos de fuerza mayor o *hardship*¹⁰¹. Por tanto, una primera problemática es que cada vez son más los eventos que se espera que sean previstos y no hay forma de asegurar a las partes que las circunstancias sobrevinientes van a dar lugar a que se les excuse.

En el caso de *El Niño*¹⁰², las partes habían acordado que una de ellas entregaría a la otra ciertas cosechas para que estas fueran distribuidas en Estados Unidos. Sin embargo, el proveedor no entregó los productos, lo que dio origen a la controversia. En la defensa, se argumentó fuerza mayor porque las

96 Fareya Azfar, “The Force Majeure Excuse”, *Arab Law Quarterly* 26, no. 2 (2012): 249-254.

97 Mark Augenblick and Alison B. Rousseau, “Force Majeure in Tumultuous Times: Impracticability as the New Impossibility: It’s Not as Easy to Prove as You Might Believe”. *The Journal of World Investment and Trade* 13, no. 1 (2012): 59-75.

98 *Kel Kim Corp. v. Central Markets, Inc.*, [1987]. N.Y.2d 900.

99 *Team Mktg. USA Corp. v Power Pact [2007] LLC NY Slip Op 04751 [41 AD3d 939]*.

100 *Ibid.*

101 Draetta, “Les Clauses de Force Majeure dans les Contrats Internationaux”, 347-358

102 Centro de Arbitraje de México (CAM), Arbitral Award 30-11-2006.

cosechas habían sido destruidas debido a las tormentas e inundaciones ocasionadas por el fenómeno de *El Niño*. En su decisión, el tribunal rechazó la defensa de fuerza mayor porque, a su juicio, estos eventos pudieron ser previstos por el demandado antes de la suscripción del contrato. Lo anterior, con base en la amplia trayectoria del demandado en el sector de la agricultura, pues ya había tenido situaciones similares.

Como ilustra este caso, hay una dificultad mayor para probar la imprevisibilidad en relaciones de carácter comercial. Por una parte, los tribunales se rehúsan a reconocer la fuerza mayor en controversias entre comerciantes porque esta defensa está diseñada para resguardar a partes débiles de estas relaciones contractuales y no a profesionales competentes¹⁰³. Por otra parte, los tribunales demandan de las partes un grado de diligencia superior, pues los entiende como expertos, lo que también restringe la aplicación de estas defensas¹⁰⁴. En ese sentido, el tribunal en *Eudoro Armando Olguín v Paraguay*¹⁰⁵ expresó:

“Lo que sí es evidente es que el señor Olguín, un avezado hombre de negocios, con una trayectoria empresarial de muchos años y una experiencia adquirida en el mundo de los negocios de varios países, no ignoraba la situación del Paraguay. Él tuvo sus razones (que este Tribunal no pretende juzgar) para invertir en ese país, pero no es aceptable que pretenda que se le indemnice por las pérdidas que sufrió al realizar una inversión especulativa o, en el mejor de los casos, poco prudente” (énfasis propio).

En conclusión, parece existir un cierto consenso de los tribunales en pensar que las partes conocen su negocio y deben prever sus riesgos. Sin embargo, no es claro qué tipo de eventos deberían conocerse y hasta dónde se puede extenderse esta exigencia de conocerlos. En efecto, los tribunales han exigido a las partes prever riesgos derivados de múltiples circunstancias. Entre estas, las protestas, el conflicto armado, los fenómenos climáticos y las acciones del gobierno¹⁰⁶. Sin embargo, no parecería correcto aceptar que las partes deban asumir cualquier riesgo que puedan prever, sino aquellos que sean razonables de acuerdo a su negocio. De lo contrario, sería posible hacer inocuas estas defensas.

Con respecto a la imposibilidad, la posición mayoritaria es que, para que las partes puedan librarse del cumplimiento, la fuerza mayor debe ser absoluta. En ese sentido, deben tenerse en cuenta las variables

103 Jan H. Dalhuisen, *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law* (Reino Unido: Bloomsbury Academic, 2004).

104 Peter K. Berger, “Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators”, *Transnational Dispute Management* 1, no. 4 (2004).

105 Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5.

106 Firoozmand y Zamani, “Force majeure in international contracts”, 397-398

que, aunque exista fuerza mayor, descartan la posibilidad de evitar que el contrato sea cumplido. Primero, si la fuerza mayor es parcial, es decir, afecta sólo una parte del contrato, la parte de las obligaciones no afectada deberá cumplirse. Segundo, si la fuerza mayor es temporal, se suspenderá su ejecución y esta deberá retomarse cuando cesen las causas de la fuerza mayor. Tercero, si existen medidas alternativas disponibles para cumplir con el contrato, incluso si no habían sido previstas por las partes, estas deberán ser asumidas.

En los *Casos del Canal de Suez*¹⁰⁷, una serie de controversias derivadas del cierre de esta ruta marítima debido a las hostilidades en Medio Oriente entre 1956-1967, se presentaron varios pleitos entre transportistas y sus contratantes. Los segundos sostenían que las obligaciones debían cumplirse a través de una ruta distinta y más costosa, mientras que los primeros argumentaban que debían aplicarse las cláusulas de fuerza mayor y *hardship*. En todos los casos, los tribunales reconocieron que debía realizarse el cumplimiento alternativo, asignando a los demandados los costos de cubrir los trayectos por una ruta diferente.

En *Global Tungsten & Powder Corp v Largo Resources Ltd*¹⁰⁸, el demandado argumentó que una sequía le había impedido producir concentrado de tungsteno debido a la escasez de agua. En oposición, el demandante sostuvo que el agua pudo haber sido traída en camiones, aunque esta opción incrementara sustancialmente los costos de producción del proveedor. A juicio del tribunal, la sequía era en efecto un evento de fuerza mayor, sin embargo, sus efectos estaban limitados a un cierto período de tiempo. Por tanto, se estableció que el demandado estaba obligado a implementar sus máximos esfuerzos comerciales para implementar medidas alternativas, como un sistema de abastecimiento de agua diferente.

A partir de los casos anteriores, se observa que es común exigir el uso de medidas alternativas o limitar los efectos de las defensas cuando se trata de fuerza mayor o *hardship*. En ese sentido, deben tenerse en cuenta que hay tantas formas para implementar estas acciones como tribunales diversos para resolver distintas controversias. En ese sentido, un gran reto que se presenta es tratar de prever, limitar o dar consistencia a lo que cada tribunal considera que es razonable exigirle a las partes. En últimas, las consecuencias de estas decisiones no son menores, pues las decisiones pueden resultar en un incremento desproporcionado de los costos de una parte o incluso en la afectación de obligaciones con terceros.

En el contexto de las crisis sanitarias, se trata de eventos de aparición repentina y de esparcimiento

107 Treitel, *Frustration and Force Majeure*, para. 4-071/72.

108 *Global Tungsten & Powders Corp. v. Largo Resources Ltd.* ICC Case No. 19566/AGF/RD

rápido. A diferencia de eventos focalizados y habituales, como conflictos armados y desastres naturales comunes en ciertas regiones, las crisis sanitarias no parecen susceptibles de clasificarse como eventos previsible. No obstante, la imposibilidad de las obligaciones en estos casos presenta retos más grandes. En concreto, deberán analizarse las normas concretas de cada Estado, por ejemplo, si existían excepciones, permisos y solicitudes que pudieron tramitarse para hacer posible el cumplimiento.

C. TEST DE RAZONABILIDAD

Según el principio de incertidumbre, los contratos están basados en presunciones explícitas e implícitas de las partes¹⁰⁹. Así, al decidir sobre eventos sobrevinientes, los tribunales interpretan las presunciones implícitas. La pregunta sobre la interpretación de estas presunciones implícitas puede tener dos tipos de enfoque: “orientado a los eventos” y “orientado a las magnitudes”. En el primer caso, la pregunta lo que se decide es si un evento era o no era previsible; en el segundo, se decide si un evento o una medida alternativa hacen el cumplimiento de una obligación excesivamente oneroso.

Como se ha mostrado, estas preguntas son de difícil aplicación. En un caso, un tribunal puede aceptar que un evento es previsible o que el cumplimiento de una obligación es excesivamente oneroso, mientras que en un caso diferente otro tribunal puede rechazarlos. En ese orden de ideas, uno de los retos más grandes que tiene el análisis de estas defensas es la ausencia de criterios que ayuden a construir una práctica más consistente. Al aproximarse a esta alternativa, el problema que subyace es uno de proporcionalidad, por lo que este asunto se llamará el “test de razonabilidad”. Ahora bien, este acápite no tiene por objeto desarrollar un test detallado, sino presentar algunos elementos que pueden ser de utilidad.

1. PRESUNCIONES ORIENTADAS A EVENTOS

En estos casos, se intenta definir qué tan previsible es para las partes la ocurrencia de un evento sobreviniente. En general, parece injusto exigir a un contratante conocer los efectos que un evento remoto podría tener en sus negocios, bajo el entendido que este sobrepasa los límites de lo que puede anticiparse con una diligencia y previsión razonables. De forma que un test de razonabilidad balanceado debería evitar imponer a las partes cargas de previsibilidad desproporcionadas y a la vez garantizar que no se reduzca el estándar de diligencia que debería tener un comerciante y no se genere una salida fácil a las partes para librarse de sus obligaciones alegando la imprevisibilidad.

En ese sentido, un test de razonabilidad adecuado debería considerar al menos un elemento de nor-

109 Melvin A. Eisenberg, “Impossibility, Impracticability, and Frustration”, *The Journal of Legal Analysis* 1, no. 1 (2009): 207-261, <https://ssrn.com/abstract=1349482>.

malidad y uno de probabilidad. En cuanto a la *normalidad*, deberá contemplarse qué tan usual es que el evento ocurra en un escenario específico, como una industria o una transacción. Esto implica tener en cuenta, entre otros, los aspectos técnicos, la cadena operativa, los factores externos y los territorios donde se ejecuta el negocio. En cuanto a la *probabilidad*, deberá considerarse qué tanto puede esperarse que el evento suceda, para lo cual se evaluarían variables como la existencia de precedentes iguales o similares, la frecuencia con que estos se han presentado en el pasado o si hay circunstancias recientes que hagan razonable pensar que va a ocurrir, aunque no se haya presentado antes.

Lo anterior puede ser aplicado al caso hipotético de un contrato de transporte. A, dueño de un medio de transporte ϕ , se obliga a transportar las mercancías de un cliente B, a través del territorio ϕ . En general, A deberá tener en cuenta que ϕ esté en condiciones idóneas para operar, que su tripulación sea confiable y que haya buen clima durante el trayecto. Ahora bien, si ϕ es una aeronave, no será “normal” que las partes hayan previsto un evento de piratería dentro de los posibles eventos de fuerza mayor, diferente a si ϕ fuera un barco. Asimismo, siendo ϕ un barco, deberá ponderarse la normalidad de un evento de piratería con las diferentes probabilidades de que este ocurra si ϕ es una zona de alto riesgo, donde es usual que estos ataques ocurran, o por el contrario se trata de una región más segura.

2. PRESUNCIONES ORIENTADAS A MAGNITUDES

En estos casos, el test de razonabilidad ayudaría a definir si existen medidas alternativas para el cumplimiento de las obligaciones o si este sería demasiado oneroso. En ambos casos, cabe aclarar, lo que debe considerarse es si se crea una situación “excesivamente onerosa”, no si se generan mayores costos¹¹⁰. En ese sentido, la dificultad de evaluar lo anterior es que se trata de un asunto de naturaleza económica, pues los tribunales deben hacer un análisis del negocio¹¹¹. Esto no sólo genera inquietudes con respecto a la aptitud de los tribunales para hacer estudios numéricos¹¹², que es una preocupación completamente válida, sino por la ausencia de certeza respecto de una respuesta o método adecuados¹¹³. Lo anterior muestra que el análisis de la onerosidad debe hacerse caso por caso. Por tanto, no parece adecuado establecer criterios cerrados, sino sugerir algunas preguntas para orientar el análisis.

110 Dietrich Maskow, “Hardship and Force Majeure”, *The American Journal of Comparative Law* 40, no. 3 (1992): 657-669, doi: <https://doi.org/10.2307/840591>

111 Sheldon Halpern, “Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: ‘Searching for the Wisdom of Solomon’”, *University of Pennsylvania Law Review* 135, no. 5 (1987): 1134-1140.

112 La primera dificultad es la capacidad de los jueces de llevar a cabo análisis económicos complejos, pues se trata, en últimas, de especialistas jurídicos. Además, el problema se extiende en la medida que, si bien los jueces de Estados Unidos están acostumbrados a hacer estos análisis de *impracticability*, no es seguro que este sea el caso en los tribunales de arbitraje o en otros tribunales.

113 Jeffrey Rachlinski, Andrew Wistrich and Chris Guthrie, “Can Judges Make Numeric Judgements?”, *Indiana Law Journal* 90, no. 2 (2015): 697-739.

Para estos efectos, se sugieren las siguientes preguntas: primero, ¿respecto de qué se determina la onerosidad?; segundo, ¿cuánto debe costar el cumplimiento para ser oneroso? Con respecto a la primera pregunta, podrían señalarse al menos dos alternativas para medir la onerosidad. Primero, medirla con respecto a las partes, lo que a su vez podría hacerse de dos formas: en primer lugar, medir la onerosidad con respecto a la capacidad económica de las partes, incluso si esto va más allá del contrato, teniendo en cuenta, por ejemplo, la situación financiera¹¹⁴; en segundo lugar, medirla según las condiciones particulares de cada parte para asumir el riesgo concreto derivado del negocio, considerando, por ejemplo, si existen seguros o mecanismos similares¹¹⁵. Segundo, medirla en relación con el contrato y analizar si los costos son excesivamente onerosos con base en el valor de este¹¹⁶.

Con respecto a la posibilidad de medir la onerosidad según la capacidad financiera de las partes, la lógica de la fuerza mayor y el *hardship* es que “no es suficiente que la ejecución del contrato conduzca a la ruina del vendedor, dado que su situación subjetiva no puede afectar sus obligaciones contractuales” (traducción propia)¹¹⁷. En el mismo sentido, frente al estándar de medir la onerosidad según las condiciones particulares de cada parte para asumir el riesgo, la realidad contractual es que las partes rara vez asignan los riesgos de manera eficiente¹¹⁸. Al contrario, es común que la parte con mejor posición intente transferir el riesgo. En ese orden de ideas, se muestra que existe una separación clara entre el patrimonio de las partes y el negocio en cuestión, por lo que lo más razonable parece ser realizar el análisis respecto del valor del contrato. De esta forma, teniendo este valor como punto de partida, podría evaluarse si el evento sobreviniente afecta las expectativas de riesgo asumidas originalmente¹¹⁹.

En cuanto a la segunda pregunta, relacionada con la magnitud que debe tener un cumplimiento para considerarse oneroso en exceso, parecería de nuevo inapropiado buscar un criterio cerrado, como un margen porcentual, si se tienen en cuenta las diferencias de cada transacción y caso. En línea con lo anterior, los datos de la práctica muestran que algunos tribunales han decidido que un costo 10 o 12 veces superior al pactado o un aumento del 93% es excesivamente oneroso, mientras que otros han

114 Halpern, “Application of the Doctrine of Commercial Impracticability”, 1134-1140

115 Richard A. Posner, Andrew M. Rosenfeld, “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis”, *The Journal of Legal Studies* 6, no. 1 (1977): 85-88.

116 Ibid.

117 Hans Van Houtte, “Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda”, en *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, ed. Emmanuel Gaillard, Piero Bernardini, International Chamber of Commerce, International Law Association, Institute of International Law and Practice, (Francia: ICC Pub International Law Association, 1993), 113.

118 Jennifer Camero, “Mission Impracticable: The Impossibility of Commercial Impracticability”, *The University of New Hampshire Law Review* 13, no. 1 (2015): 1-34.

119 Eisenberg, “Impossibility, Impracticability, and Frustration”, 207-261.

decidido que costos por el doble del valor o entre 14 y 45% no son desproporcionados¹²⁰. Por tanto, parece que lo único cierto es que las razones para implementar estos rangos no son claras y mantienen abierta cualquier pregunta sobre un margen de razonabilidad. En ese caso, sin embargo, hay algunos factores que pueden tenerse en cuenta a la hora de buscar respuestas.

Como punto de partida, debe entenderse que “es irracional asumir que las partes normalmente estarían dispuestas a apostar sobre la base de incertidumbres acerca de eventos desastrosos (...) en ese sentido, una regla jurídica que permitiera el ajuste del contrato corresponde mejor a las preferencias de las partes” (traducción propia)¹²¹. Por tanto, la interpretación sobre la existencia de onerosidad debe buscar y lograr una posición equilibrada según los intereses de las partes, lo que puede ocurrir de dos formas. De un lado, debe determinarse si, a pesar del evento sobreviniente, la parte incumplida saca provecho del contrato. En este caso, como el negocio le es en general favorable a esta parte, una defensa al incumplimiento debería ser aplicada por el tribunal de manera más restringida¹²². De otro lado, debe evitarse que las defensas por eventos sobrevinientes anulen todos los efectos del contrato, de forma que los riesgos se dividan entre las partes tal y como hayan quedado. Por el contrario, no debería levantarse toda la responsabilidad, sino sólo la parte de esta que no sea razonable.

V. CONCLUSIONES

En este artículo se identificó que las defensas de fuerza mayor y caso fortuito son comunes y comparten características similares en sistemas domésticos y en el panorama internacional. Además, se resaltó que las particularidades de la pandemia por el COVID-19 hacen razonable pensar que estas defensas van a ser invocadas en futuros arbitrajes y se demostró que se tiene poco contexto de cómo funcionan estas defensas en crisis sanitarias. En ese orden de ideas, se examinó cómo a partir de arbitrajes pasados decididos en otros contextos de crisis se observa que la aplicación de estos conceptos es muy restringida y está sujeta a estándares muy exigentes. De esta forma, al reflexionar sobre futuros arbitrajes, no parece ser un problema que la pandemia vaya a clasificarse como un evento de fuerza mayor o *hardship*, sin embargo, hay grandes retos para las partes en demostrar la onerosidad, imposibilidad o previsibilidad en casos concretos, pues se trata de nociones gaseosas y volátiles en extremo.

Las precauciones anteriores se deben enfatizar en contextos más complejos, donde las transacciones son cada vez más profundas y más técnicas. En proyectos de construcción, donde se tienen distintos segmentos, contratos y partes agrupados en una misma actividad económica, surgen otros retos,

¹²⁰ Haley, 1974.

¹²¹ Pietro Trimarchi, “Commercial impracticability in contract law: An economic analysis”, *International Review of Law and Economics* 11, no. 1(1991): 71.

¹²² Camero, “Mission Impracticable: The Impossibility of Commercial Impracticability”, 1-34.

como la interpretación armónica de cláusulas de fuerza mayor y *hardship* con lenguajes diferentes y contradictorios. Esto no sólo abre nuevas agendas de investigación y puntos a tener en cuenta, sino que invita a reflexionar sobre los efectos de la pandemia en distintos ámbitos que tocan el universo del arbitraje de forma directa o indirecta, como el surgimiento de nuevas tendencias a favor de la resolución alternativa de controversias o la invitación por parte de organizaciones globales a resolver las dificultades de la pandemia de forma negociada, equilibrada y solidaria.

En últimas, en tiempos de pandemia es la incertidumbre la que está a la cabeza. Entre las pocas conclusiones que pueden obtenerse con certeza se encuentran quizás dos aspectos a tener en cuenta para futuras discusiones. De una parte, que el arbitraje internacional es todavía un terreno inexplorado en lo que respecta al análisis de las crisis sanitarias y las circunstancias del mundo posterior a la pandemia pueden cambiar esto radicalmente. De otra parte, que a pesar de la presencia de numerosas enfermedades clasificadas como pandemia en los últimos veinte años, no hay precedentes claros de este tipo de casos, lo que refuerza una vez más el llamado a desarrollar y fortalecer el estudio de estos temas hacia un nuevo derecho internacional de pandemias que nos haga capaces de formular preguntas más cada vez más inquietantes, así como mejores respuestas.

BIBLIOGRAFÍA

“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”. *Organización Mundial de la Salud*. Acceso el 30 de abril 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>.

Al Qurashi, Zeyad A. “Renegotiation of International Petroleum Agreements”. *Journal of International Arbitration* 22, no. 4 (2005): 261-300.

Ambrose, Clare. “Force Majeure in International Contracts: The English Law Perspective”. *Business Law International* 3 (2003): 234-240.

Augenblick, Mark, Alison B. Rousseau. “Force Majeure in Tumultuous Times: Impracticability as the New Impossibility: It’s Not as Easy to Prove as You Might Believe”. *The Journal of World Investment and Trade* 13, no. 1 (2012): 59-75.

Azfar, Fareya. “The Force Majeure Excuse”. *Arab Law Quarterly* 26, no. 2 (2012): 249-254.

Bakry, Ahmed. The Covid-19 Crisis and Investment Arbitration: A Reflection From the Developing Countries, *Kluwer Arbitration (blog)*, 21 de abril de 2020. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/21/the-covid-19-crisis-and-investment-arbitration-a-reflection-from-the-developing-countries/?print=print&doing_wp_cron=1589776544.1255300045013427734375)

Baudouin, Jean-Louis, Pierre-Gabriel Jobin, Nathalie Vézina. *Les obligations*. Québec : Editions Yvon Blais, 2005.

Beale, Hugh. *Cases, materials and text on contract law*. Reino Unido: Oxford, 2002.

Berger, Peter K. “Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators”. *Transnational Dispute Management* 1, no. 4 (2004).

Böckstiegel, Karl H. “Hardship, Force Majeure and Special Risks Clauses in International Contracts”, en *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, ed. Norbert Horn, Estados Unidos: Kluwer, 1985.

Bogdandy, Armin von, Pedro Villarreal. “International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis”. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020-07* (2020). Doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3561650>.

Brunner, Christoph. *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles*. Estados Unidos: Kluwer Law International B.V., 2008.

Buckland, William. “Casus and Frustration in Ancient Roman Law”. *Harvard Law Review* 46, no. 8 (1933): 1281-1300 . <https://www.jstor.org/stable/1257136>.

Camero, Jennifer. “Mission Impracticable: The Impossibility of Commercial Impracticability”. *The University of New Hampshire Law Review* 13, no. 1 (2015): 1-34.

Chamie, José. “Frustration of contract e impossibility of performance en el common law inglés”. *Revista De Derecho Privado* 16 (2009), 187-212. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/513>.

Charnovitz, Steve. “The Field of International Pandemic Law”. *International Law and Economic Policy*

(blog), 10 de mayo de 2020. <https://ielp.worldtradelaw.net/2020/05/the-field-of-international-pandemic-law.html>

Chen, Sophia, Deniz Igan, Nicola Pierri, Andrea Presbitero. “The economic impact of Covid-19 in Europe and the US: Outbreaks and individual behaviour matter a great deal, non-pharmaceutical interventions matter less”, *VOX CEPR Policy Portal* (blog), 11 de mayo de 2020. <https://voxeu.org/article/economic-impact-covid-19-europe-and-us>)

Cordero-Moss, Giuditta. *International Commercial Arbitration: Party Autonomy and Mandatory Rules*. Reino Unido: Cambridge University Press, 1999.

“Covid-19 Drives Sub-Saharan Africa Toward First Recession in 25 Years”. *Banco Mundial*. Acceso el día 1 de mayo de 2020. <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2020/04/09/covid-19-coronavirus-drives-sub-saharan-africa-toward-first-recession-in-25-years>)

Crawford, James. *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2002.

Cremades, Bernardo. “Good Faith in International Arbitration”. *American University International Law Review* 27, no. 4 (2012): 761-788.

Dalhuisen, Jan H. *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*. Reino Unido: Bloomsbury Academic, 2004.

David, René. “Frustration of Contract in French Law”. *Journal of Comparative Legislation and International Law* 28, no. 3 (1946): 11-14.

Delaume, G.R. “Excuse for Non-Performance and Force Majeure in Economic Development Agreements”. *Columbia Journal of Transnational Law* 10 (1971): 225-250.

Denis, David, Antonio Macías. “Material Adverse Effects Clauses and Acquisition Dynamics”. *Journal of Financial and Quantitative Analysis* 48, no. 3 (2013): 819-847.

Derains, Yves, Josefa Sicard-Mirabal. *Introduction to Investor-State Arbitration*. Estados Unidos: Kluwer Law International B.V, 2018.

Draetta, Ugo. “Les Clauses de Force Majeure dans les Contrats Internationaux”. *International Business Law Journal* 2002, no. 3 & 4 (2002) : 347-352.

Eisenberg, Melvin A. “Impossibility, Impracticability, and Frustration”. *The Journal of Legal Analysis* 1, no.1 (2009): 207-261. <https://ssrn.com/abstract=1349482>.

Eörsi, Gyula. “The Validity of Clauses Excluding or Limiting Liability”. *The American Journal of Comparative Law* 23, no. 2 (1975): 215-235. <https://www.jstor.org/stable/839105?seq=1>

Firoozmand, Mahmoud, Javad Zamani. “Force majeure in international contracts: current trends and how international arbitration practice is responding”. *Arbitration International* 33, no. 3 (2017): 397-398. <https://doi.org/10.1093/arbint/aix021>.

Fontaine, Marcel, Philip de Ly. *Drafting International Contracts: An Analysis of Contract Clauses*. Países Bajos: Brill, 2009.

Fontaine, Marcel. “The Evolution of Rules on *Hardship*. From the First Study on *Hardship* Clauses to the Enactment of *Hardship* Rules”. En *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World*, Comp. Fabio Orloff y Dorothy Ufot. Francia: International Chamber of Commerce, 2019.

Foster, Nigel, Satish Sule. *German Legal System and Rules*. Reino Unido: Oxford University Press, 2010.

Gaillard, Emmanuel, John Savage. *International Commercial Arbitration*. Estados Unidos: Kluwer Law International, 1999.

Gordley, James, Arthur Taylor von Mehren. *An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials*. Nueva York: Cambridge University Press, 2006.

Gordley, James. “Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances”. *American Journal of Comparative Law* 52, 2004. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gordley1.html#:~:text=Roman%20law%20developed%20a%20doctrine,lesser%20value%20to%20each%20party>.

Grenier, Morgan. “How is covid impacting global currency”. *Airshare a Workforce Globalization* (blog), 25 de mayo de 2020. <https://airshare.air-inc.com/how-is-covid-19-impacting-global-currency>

Grubaugh, Nathan, Jason Ladner, Philippe Lemey, Oliver Pybus, Andrew Rambaut, Edward Holmes,

Kristian Andersen. “Tracking virus outbreaks in the twenty-first century”, *Nature Microbiology* 4 (2019): 10-19.

Halpern, Sheldon. “Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: ‘Searching for the Wisdom of Solomon’”. *University of Pennsylvania Law Review* 135, no. 5 (1987): 1134-1140.

Herbert Page, William. “The Development of the Doctrine of Impossibility of Performance”. *Michigan Law Review* 18, no. 7 (1920): 589-614. Doi: <https://doi.org/10.2307/1278026>;

Hondius, Ewoud and Christoph Grigoleit. *Unexpected Circumstances in European Contract Law*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2011.

Horn, Norbert. *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Países Bajos: Kluwer Law International, 1985.

Kokorin, Ilya and Jeroen Wide. “Force Majeure and Unforeseen Change of Circumstances. The Case of Embargoes and Currency Fluctuations (Russian, German and French Approaches)”, *Russian Law Journal* 3, (2015): 46-82. Doi: 10.17589/2309-8678-2015-3-3-46-82

Konarski, Hubert. “Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice”. *International Business Law Journal* 4 (2003): 405-428.

Long, Caroline, Ian Jack and Brian Cain. “Market disruption clauses”. *Law and Financial Markets Review* 3, no. 1 (2015): 45-48.

Magnus, Ulrich. “Force Majeure and the CISG”. En *The International Sale of Goods*, ed. comp. Peter Sarsevic y Paul Volken. Estados Unidos: Kluwer International Law, 2001.

Maskow, Dietrich. “Hardship and Force Majeure”. *The American Journal of Comparative Law* 40, no. 3(1992): 657-669. <https://doi.org/10.2307/840591>.

Mazeaud, Henri, León Mazeaud y André Tunc. *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.

McElroy, Roy, Glanville Williams. “The Coronation Cases”, *The Modern Law Review* 4, no. 1 (1941): 241-260.

McKendrick, Ewan. *Force Majeure and Frustration of Contract*. Estados Unidos: CRC Press, 2013.

Melis, Werner. “Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration”. *Journal of International Arbitration* 1, no. 3 (1984): 212-222.

Melis, Werner. “Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration”. *Kluwer Law International* (1984): 1-6 .

Paddeu, Federica, Kate Parlett. “Covid-19 and investment treaty claims”, *Kluwer Arbitration (blog)*, 4 mayo de 2020. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/30/covid-19-and-investment-treaty-claims/?doing_wp_cron=1593394622.2793779373168945312500.

Paddeu, Federica. “A Genealogy of Force Majeure in International Law”. *British yearbook of international law*, no. 82 (2012): 381-494. Doi: <https://doi.org/10.1093/bybil/brs005>.

Polkinghorne, Michael and Charles Rosenberg. “Expecting the Unexpected: The Force Majeure Clause”. *Business Law International* 16, no. 1 (2015): 49-64.

Posner, Richard and Andrew M. Rosenfeld. “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis”. *The Journal of Legal Studies* 6, no. 1 (1977): 85-88.

Rachlinski, Jeffrey, Wistrich, Andrew and Chris Guthrie. “Can Judges Make Numeric Judgements?”. *Indiana Law Journal* 90 (2015): 697-739.

Sastry, K.R.R. “Clausula Rebus Sic Stantibus in International law. *Canadian Bar Review* 13, no. 4 (1935): 227-229.

Schmitthoff, Clive M. *Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, ed. Chia-Jui Cheng Países Bajos, Brill, 1988.

Schwenzer, Ingeborg, Christopher Kee and Pascal Hachem. *Global Sales and Contract Law*. Inglaterra: Oxford University Press, 2012.

Schwenzer, Ingeborg. “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”. *Victoria*

University Law Review 39 (2008): 709-726. <https://doi.org/10.26686/vuwlr.v39i4.5487>

Suraputra, Sidik. “Doctrine Of Rebus Sic Stantibus and law of International treaty”. *Jurnal Hukum Internasional* 11, no. 4 (2014): 462-482.

Terré, François, Philippe Simler y Yves Lequette. *Droit Civil: Les obligations*. Francia: Dalloz, 2018.

“The Economic Impact of COVID-19 on Asia-Pacific”, *Oxford Economics*. Acceso el día 25 de abril de 2020. <https://www.oxfordeconomics.com/recent-releases/The-Economic-Impact-of-COVID-19-on-Asia-Pacific>

Titi, Catherine. “Scope of international investment agreements and substantive protection standards. En *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, ed. Markus Krajewski y Rhea T. Hoffmann. Reino Unido: Edward Elgar Publishing, 2019.

Triantis, George. “Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts”. En *Encyclopedia of Law and Economics*, ed. Comp. Boudewijn Bouckaert y Gerrit de Geest. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

Trimarchi, Pietro. “Commercial impracticability in contract law: An economic analysis”. *International Review of Law and Economics* 11, no. 1 (1991): 71.

Van Houtte, Hans. “Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda”, en *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, ed. Emmanuel Gaillard, Piero Bernardini, International Chamber of Commerce, International Law Association, Institute of International Law and Practice, Francia: ICC Pub International Law Association, 1993.

Zrilic, Jure. “Armed Conflict as Force Majeure in International Investment Law”. *Manchester Journal of International Economic Law* 16, no. 1 (2019): 28-56.

Casos

Anaconda Iran Ltd. v. Iran [1986] 13 IRAN-U.S. C.T.R at 199 et seq.

Atlantic Paper Stock Ltd. v. St. Anne-Nackawic Pulp and Paper Company Limited, [1976] Supreme Court of Canada 1 S.C.R. 580.

BP Exploration Co (Libya) Ltd v. Hunt (No. 2) [1979] 1 WLR 783.

British Movietone News Limited v. London and District Cinemas Limited, [1952] AC 166.

Chandler v. Webster, [1904] 1 KB 493.

Clark v. Lindsay, [1903] 19 TLR 202

Griffith v. Brymer, [1903] 19 TLR 434.

Kel Kim Corp. v. Central Markets, Inc., [1987]. N.Y.2d 900.

Elavon, Inc. v. Wachovia Bank, [2011] National Association, 841 F. Supp. 2d 1298.

Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5.

Friends of DeVito v. Wolf, [2020] A.3d --, 2020 WL 1847100.

Gallifet v. Commune de Pélissanne, [1876] D. 1. 193.

Global Tungsten & Powders Corp. v. Largo Resources Ltd.

Great Elephant Corp v. Trafigura Beheer BV [2013] EWCA Civ 905.

Herne Bay Steamboat Co v. Hutton [1903] 2 K.B. 683

Hobson v. Pattenden & Co [1903] 19 TLR 186.

Hungarian State Enterprise v. Jugoslavenski Naftovod [1984] IX YBCA 69.

ICC Case No. 19566/AGF/RD.

ICC Arbitration Case No. 6281 of 26 August 1989.

ICC Arbitration Case No. 7197 of 1992.

ICC, Arbitration Case No. 2216, 102 Clunet 917 (1975).

ICDR, Regis Paillardon v. Archer-Daniels-Midland Company and ADM Latin America Inc.

ICDR Case No. 50-180-T-00433-10.

ICSID Case No. ARB/10/18, Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (“Bapex”) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (“Petrobangla”).

Krell v. Henry [1903] 2 K.B. 740

KYOCERA CORPORATION v. HEMLOCK SEMICONDUCTOR, LLC [2015] Docket No. 327974.

Matter of White Plains Rural Cemetery Assn. v City of White Plains [2019] NY Slip Op 00606.

Mobil Oil Iran, Inc. et al. v. Iran, 16 IRAN-U.S. C.T.R., at 3 et seq.

National Oil Corp. v. Libyan Sun Oil Co [1990] U.S. District Court for the District of Delaware - 733 F. Supp. 800.

Nuova Fucinati v. Fondmetall International [1993] District Court Monza.

Schiedsgericht der Handelskammer [Arbitral Tribunal] Hamburg, Partial award of 21 March 1996.

Soho Alliance v. New York City Bd. of Standards and Appeals [2000] NY Int. 0130.

Team Mktg. USA Corp. v. Power Pact, [2007] LLC NY Slip Op 04751 [41 AD3d 939].

Tri-Town Construction Company v. Commerce Park Associates [2016] 12, LLC, 139 A.3d 467, 475.

Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Arbitration proceeding 155/1994.