

Teoría de la imprevisión en la pandemia: ¿Un puente entre *lex mercatoria* y los derechos humanos?

Hardship theory during the pandemic: Is it a bridge
between *lex mercatoria* and human rights

Jenner Alonso Tobar Torres[§]

* Artículo resultado del proyecto de investigación "Escenarios de manifestación de la responsabilidad social empresarial y su impacto en la protección de derechos" vinculado al Grupo de Investigación de Derecho Privado y del Proceso Gustavo Vanegas Torres de la Universidad Libre de Colombia.

[§] Docente investigador de la Universidad Libre (Bogotá, Colombia). Doctor en Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires.

Correo electrónico:
jenner.tobar@unilibre.edu.co
 0000-0003-1527-0807

Cómo citar:

Tobar Torres, J. A. (2022). Teoría de la imprevisión en la pandemia: ¿un puente entre *lex mercatoria* y derechos humanos? *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, 22(42), e20220101. <https://doi.org/10.22518/jour.cssh/20220101>

Resumen

En el derecho contractual internacional se ha reconocido la teoría de la imprevisión como un componente de la llamada *lex mercatoria*, a partir de su inclusión en diferentes textos normativos. Sin embargo, a pesar de su amplio reconocimiento doctrinal, con anterioridad a la pandemia la teoría de la imprevisión había encontrado pocos escenarios de aplicación práctica en tribunales nacionales e internacionales. Los amplios efectos y desafíos que en materia contractual ha planteado el covid-19 generan un escenario propicio para que la teoría de la imprevisión se convierta en una de las principales herramientas del derecho privado y de la *lex mercatoria* para alcanzar soluciones de justicia, solidarismo y garantía de los derechos humanos a los afectados, en sus relaciones negociales, con la pandemia. Este artículo aborda esta problemática analizando el potencial que la teoría de la imprevisión tiene en época de pospandemia para convertirse en puente de diálogo entre la *lex mercatoria* y los derechos humanos, para avanzar en la superación del fraccionamiento que ha existido entre ambos regímenes.

Palabras clave

Teoría de la imprevisión, cumplimiento contractual, derechos humanos, solidarismo contractual, *lex mercatoria*.

Abstract

In international contract law, the hardship theory has been recognized as a component of the so-called *lex mercatoria*, based on its inclusion in different normative texts. However, despite its wide doctrinal recognition, before the pandemic hardship theory had few scenarios of practical application in national and international courts. The enormous effects and challenges that COVID-19 has posed in contractual-related matters have generated a favorable scenario for making of this theory one of the main tools for private law and *lex mercatoria* to generate justice solutions and solidarity, as well as to ensure the respect of human rights for citizens whose business relationships were affected during the pandemic. This paper addresses this problem by analyzing the potential of hardship theory for building bridges between *lex mercatoria* and human rights in the post-pandemic era, which could assist in overcoming the long-lasting division between both regimes.

Keywords

Hardship theory, contractual performance, human rights, contractual solidarity, *lex mercatoria*.

Recibido: 04/10/2021
Revisado: 25/03/2022
Aceptado: 27/04/2022

Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivar
4.0 Internacional
(CC BY-NC-ND 4.0).



Introducción

La pandemia generada por el covid-19 ha causado una tragedia humana sin precedentes en la historia global. A septiembre de 2021 este virus registraba más de 231 millones de contagios y había cobrado la vida de cerca de 5 millones de personas en el mundo (Organización Mundial de la Salud, 2021). Por supuesto, esta situación también generó un fuerte impacto en la economía global, al punto que en el año 2020 se registró la mayor contracción registrada desde la Gran Depresión y solo en la segunda mitad del año 2021 se comenzaron a mostrar signos alentadores de recuperación (Banco Mundial, 2021). Se debe resaltar que estos efectos se han sufrido con mayor rigor en aquellos países con amplios márgenes de desigualdad social, donde la pandemia ha exacerbado fenómenos como el desempleo, la pobreza, la desigualdad de género o el empleo informal.

El desarrollo de los contratos no ha sido ajeno a este contexto. Las medidas que múltiples Gobiernos tomaron para mitigar la situación de salud pública, tales como aislamientos, cuarentenas, cierre de fronteras, restricciones de movilidad, entre otras, afectaron la ejecución de diversos tipos de contratos, “generando una alteración de los factores internos y externos que inciden en los mismos y por la aparición de nuevos riesgos que para el momento de la gestación del negocio eran imposibles de prever” (Dulcey, 2020, p. 36). Esta situación resulta especialmente gravosa para aquellos contratistas que, por sus condiciones económicas, sociales o individuales, no están en capacidad de soportar los escenarios de incumplimiento, frustración o excesiva onerosidad en la ejecución contractual.

En efecto, el covid-19 no solo genera impacto en las cifras macroeconómicas de los Estados, sino más importante, está generando afectaciones individuales para ciertos contratistas que se han encontrado ante escenarios de imposibilidad de ejecución o excesiva onerosidad en el desarrollo de los contratos. En varios casos, la aplicación de la normatividad vigente, bajo las pautas de interpretación existentes en la prepandemia, no permite tomar en cuenta las circunstancias propias de la pandemia en el escenario contractual, lo que deriva en una afectación a derechos humanos de ciertos individuos involucrados en estas dificultades contractuales.

Ante este panorama, el presente artículo de investigación se propuso indagar sobre la interrogante de cómo involucrar la garantía de los derechos

humanos en espacios de interpretación de contratos cuya ejecución se vio afectada por las restricciones derivadas de la pandemia.

Partiendo de la premisa de que es imperiosa la necesidad de generar políticas públicas y pautas de interpretación de las instituciones jurídicas que den respuesta adecuada a los desafíos generados por la pandemia, se plantea, como hipótesis de investigación, que ante la necesidad de armonizar la debida aplicación del derecho privado con mínimos de protección de derechos humanos, la teoría de la imprevisión se puede convertir en un espacio de diálogo entre ambos sistemas, siempre que sus pautas de interpretación se adecuen a las particularidades impuestas por la pandemia en materia contractual, siendo especialmente relevante la sensibilidad hacia la protección de personas en ciertas condiciones de vulnerabilidad.

Como resultado, la investigación presenta argumentos dirigidos a sostener que: 1) con anterioridad a la pandemia, la teoría de la imprevisión, pese a ser una institución ampliamente difundida a nivel internacional al punto de ser considerada por algunos como parte de la llamada *lex mercatoria*, no había sido consistentemente utilizada por árbitros y jueces por la rigurosidad interpretativa de sus requisitos; 2) que en el ejercicio de adjudicación de conflictos contractuales es exigible a jueces y árbitros la protección de los derechos humanos de los involucrados, en especial de aquellos que por sus características especiales son sujetos débiles o vulnerables que merecen mayor protección, y 3) que los remedios ofrecidos por la teoría de la imprevisión pueden ser un camino adecuado para garantizar la protección de los derechos de todos los involucrados, siempre que sus parámetros de aplicación sean solidaristas y busquen la garantía efectiva de los derechos fundamentales eventualmente involucrados.

Para ello el artículo se realizó a partir de un enfoque cualitativo de investigación donde se priorizó la consulta documental, específicamente con el análisis de la bibliografía más relevante en la materia, laudos arbitrales y sentencias judiciales, así como documentos oficiales de organismos internacionales. Estas fuentes se estudiaron bajo un enfoque analítico-jurídico, por cuanto se aborda un tema doctrinalmente discutido que exigió una valoración en clave crítica que permitiera ofrecer a los lectores reflexiones y resultados para motivar la adecuación de la teoría de la imprevisión a las exigencias pospandemia.

Cuestión preliminar: la *lex mercatoria*

La *lex mercatoria* es un concepto cuyos orígenes remotos han sido ubicados en la Edad Media. En su sentido moderno, este concepto ha gozado de múltiples aproximaciones conceptuales¹.

Hay quienes consideran la *lex mercatoria* como un conjunto de reglas anacionales, de diversas fuentes, aplicables a las transacciones internacionales (De Ly, 2000, p. 557). Otros autores, sin atención a las fuentes, deciden emplear este término para referirse a todo tipo de reglas –estatales y extraestatales– que se aplican por los comerciantes en la resolución de sus controversias (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2003, p. 69). También están quienes usan este término como sinónimo del conjunto de usos y principios mercantiles utilizados en el tráfico comercial (Berman y Kaufman, 1978, p. 277). Otros lo asimilan a un conjunto de principios que gobiernan el derecho comercial internacional (Mustill, 1988, p. 88). Algunos expositores identifican el concepto como un conjunto de reglas, usos y principios aplicables al comercio internacional, pero que difieren en cuanto a su autonomía frente a los sistemas nacionales. Otra línea lo considera un orden jurídico autónomo mientras que otros lo ven como un concepto que a la manera de una piscina puede ser utilizado por comerciantes y árbitros para determinar las reglas más adecuadas para sus necesidades (Frischkorn, 2005, p. 334). Algunos más lo ven como un método de decisión; hay quienes lo asimilan al producto de la actividad autorregulatoria, y otros consideran que este concepto solo refleja una pequeña y específica parte del derecho comercial transnacional (Cranston, 2007, p. 605). La lista podría continuar por páginas enteras.

Como se puede observar, actualmente hay una fuerte tendencia a asemejar el concepto de nueva *lex mercatoria* con los procesos de autorregulación normativa. En efecto, se ha convertido en un lugar común en la doctrina asimilar los conceptos de autorregulación normativa con el de *lex mercatoria*, y considerar que los productos de la autorregulación normativa tienen, en general, el estatus de contenidos o fuentes de la *lex mercatoria*.

Esta situación de indeterminación y ambigüedad conceptual de la *lex mercatoria* ha generado que se pongan varios reparos por parte de los actores del comercio, entre los que se encuentran, la falta de certeza y la imprecisión en cuanto a su contenido, la ambigüedad de la expresión, y su falta de seguridad jurídica, lo que ha llevado al punto de que algunos de

ellos suelen recomendar no hacer uso del término y, en su lugar, utilizar expresiones que tengan un alcance mucho más definido (Tobar Torres, 2020, p. 299).

Se considera aquí que la *lex mercatoria* no debe ser utilizada para referirse a todos los corpus normativos que actores privados emiten en ejercicios de autorregulación normativa o técnica. Se debe tener en cuenta que actualmente es posible evidenciar múltiples fenómenos de producción normativa heterárquica entre las que se pueden mencionar, entre otras,

las normas de *copyright* internacional, el derecho laboral internacional donde las empresas y sindicatos crean normas por excelencia, la estandarización técnica y la autorregulación profesional, las llamadas *lex digitalis*, *lex constructionis*, *lex sportiva*, *lex mercatoria*, entre otras, cada una de ellas con diferentes racionalidades y dinámicas de contacto entre nodos de los diferentes sistemas. (Tobar Torres, 2017, p. 87)

En este contexto, cada producto de la autorregulación normativa responde a un acoplamiento estructural particular entre diferentes subsistemas sociales y se considera que la *lex mercatoria*, en particular, debe ser considerada como una forma heterárquica de derecho que surge del acoplamiento de los subsistemas económico y jurídico para regular específicamente las relaciones de intercambio en el comercio internacional.

La *lex mercatoria* puede convertirse en un concepto útil y relevante en el área mercantil internacional si se delimita su contenido exclusivamente a los usos y prácticas del comercio internacional, con independencia de si tales usos y prácticas han tenido origen espontáneo en los comerciantes o si han derivado de propuestas o recopilaciones efectuadas por entidades privadas. Si se circunscribe el concepto de *lex mercatoria* a los auténticos usos y prácticas del comercio, el concepto podría encontrar una especie de refundación y una vuelta a sus orígenes que le permitiría asumir un rol más activo. (Tobar Torres, 2020, p. 320)

Así las cosas, para superar la extendida ambigüedad de la que ha adolecido el concepto de *lex mercatoria*, para efectos de la presente investigación se entenderá como aquellos usos y prácticas “reiteradas” del derecho comercial internacional, las cuales no son automáticamente asimilables a todos los productos de autorregulación normativa que continuamente aparecen en el escenario mercantil internacional. Se propone que sea la reiteración continua y efectiva de un uso o práctica el requisito definitorio de lo que se denomine *lex mercatoria*.

La teoría de la imprevisión: ¿contenido de la *lex mercatoria*?

Origen y recepción de la teoría de la imprevisión

Los antecedentes históricos de la teoría de la imprevisión pueden rastrearse hasta el *Digesto*, aunque se ha señalado que la primera consagración positiva de esta figura se identifica en el *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* de 1756 que incorporaba la cláusula *rebus sic stantibus* (Mendoza Ramírez, 2020, p. 348). Sin embargo, los orígenes modernos de la teoría de la imprevisión pueden ubicarse hacia principios del siglo XX.

En el derecho inglés, donde parece ser rechazada cualquier noción de exoneración de responsabilidad derivada de una alteración en las circunstancias que no equivalga a una situación de imposibilidad, a partir de la llamada doctrina de la frustración se admite la posibilidad de que un cambio de circunstancias frustre las finalidades del contrato y el cumplimiento del mismo se haga inviable. Tal postura se viene desarrollando a partir de los denominados casos de la coronación (*Krell v. Henry* y *Herne Bay Steamboat v. Hutton*). Es conocido que estos casos se desarrollaron hacia el año 1903 cuando, con ocasión de la coronación de Eduardo VII, algunas personas celebraron diversos contratos de alquiler, por ejemplo, de un inmueble (*en el caso Krell v. Henry*) o de un barco (*Herne Bay Steamboat v. Hutton*), en donde los inquilinos podrían disfrutar de una vista privilegiada el día de la coronación. Sin embargo, por enfermedad del monarca, el evento fue cancelado y surgió el debate sobre si aun así los inquilinos debían pagar las altas sumas de dinero de los alquileres, pese a que los eventos fueron cancelados (Rosenbald, 2020, p. 255).

Poco después, en Francia se adoptó la teoría de la imprevisión en el campo administrativo a propósito del caso *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux v. Ville de Bordeaux*: la Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux tenía a su cargo la prestación del servicio público de alumbrado, en el cual el carbón era un insumo esencial. Por causa de la Primera Guerra Mundial y la ocupación alemana, la compañía alegó que este insumo había quintuplicado su valor, por lo cual le resultaba excesivamente oneroso continuar cumpliendo el contrato (Caro Nieto, 2016, p. 123).

Desde entonces la teoría de la imprevisión ha sido progresivamente desarrollada tanto en instancias nacionales como en escenarios internacionales:

Como sabemos, la tendencia en el derecho contemporáneo es la de aceptar la imprevisión, como aparece de la revisión de los códigos civiles de los siglos XX y XXI y de los instrumentos de derecho contractual uniforme y armonizado. Así, los PICC, los PECL y el DCFR prevén la imprevisión contractual en términos amplios, al igual que el CESL. Adicionalmente, hemos de considerar que la versión definitiva de los PLDC también la incorpora. En el ámbito legal, cabe consignar que en Europa la consagran, entre otros, los Códigos Civiles de Italia (1942), Grecia (1946), Portugal (1967), Holanda (1992), Alemania (2002) y sorprendentemente, la reciente reforma al Código Civil francés (2016). En Latinoamérica, se la reconoce en los Códigos Civiles de Bolivia (1976), Perú (1984), Paraguay (1987), Brasil (2002) y Argentina (2015) y, además, el Código de Comercio colombiano (1971). (Momberg-Uribe y Vidal-Olivares, 2018, p. 137)

Por supuesto, en los lugares donde esta teoría ha sido reconocida se le han asignado precisos límites y requisitos. Por ejemplo, bajo el derecho colombiano, se ha señalado que esta teoría tiene, al menos, diez requisitos que deben verificarse para su aplicación:

- 1) que se altere el equilibrio entre las prestaciones de las partes; 2) que la alteración sea tan grave que para una de ellas resulte excesivamente oneroso cumplir; 3) que la alteración sea producida por circunstancias ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato; 4) que las circunstancias sean extraordinarias; 5) que las circunstancias sean imprevisibles; 6) que las circunstancias no sean parte del riesgo que el afectado acordó asumir; 7) que las circunstancias no sean producidas por negligencia del afectado; 8) que el contrato no sea de ejecución inmediata sino de ejecución sucesiva, periódica o diferida; 9) que el contrato no sea aleatorio; 10) que la prestación cuya revisión se solicita esté pendiente de cumplir. (Caro Nieto, 2016, p. 123)

Se puede afirmar que el principal fundamento de esta figura se encuentra en el desarrollo de la cláusula *rebus sic stantibus* que pregona la defensa de la fuerza vinculante del contrato y de la voluntad de las partes, siempre que se mantengan las circunstancias que dieron lugar al mismo, lo que significa que ante un extraordinario e imprevisible cambio de circunstancias que genere un desequilibrio en las prestaciones, se requiere hacer usos de remedios para superar dicho desequilibrio.

No obstante, pese a la amplia aceptación legislativa que dicha teoría ha tenido en diversos lugares del mundo, su utilización efectiva en tribunales ha sido modesta, pues no son numerosos los casos donde haya sido utilizada para revisar un contrato y ajustar el equilibrio económico del mismo. Esto se debe principalmente a los precisos y rigurosos requisitos que se han impuesto para la utilización de la teoría de la imprevisión.

Para ilustrar este punto se puede revisar el caso colombiano. Con anterioridad a su consagración positiva en el ordenamiento nacional, esta figura fue apenas mencionada durante el siglo XX en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El primer antecedente que se puede rastrear de la teoría de la imprevisión aparece en la sentencia del 29 de octubre de 1936 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1936), donde apenas se menciona para descartar su utilización; desde entonces y hasta 1971, la teoría de la imprevisión fue referida –mas no aplicada– en apenas tres ocasiones (Caro Nieto, 2016; Mendoza Ramírez, 2020).

Fue solo hasta 1971 cuando la teoría de la imprevisión fue formalmente incorporada al Código de Comercio (CC) en el artículo 868, en los siguientes términos:

Artículo 868. Revisión del contrato por circunstancias extraordinarias.

Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.

Desde entonces y hasta el año 2004 la Corte Suprema no había aplicado efectivamente esta teoría en ningún caso para la revisión de un contrato. No obstante, en varios fallos sí se estudió la figura, pero por diversas razones no se consideró aplicable para la solución de cada caso en concreto (Caro Nieto, 2016, p. 123). En el año 2012 la Corte Suprema emitió un importante fallo donde abordó a profundidad la teoría, aunque nuevamente en la solución del caso

no la encontró aplicable (Corte Suprema de Justicia, 21 de febrero de 2012).

En lo que respecta al escenario arbitral colombiano, también es posible identificar algunas decisiones donde la teoría de la imprevisión ha sido estudiada para descartar su aplicación. Tal es el caso de dos laudos de la Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación (2008a, 2008b), en los cuales los tribunales consideraron si los hechos discutidos fueron constitutivos de situaciones imprevisibles.

La teoría de la imprevisión en el escenario internacional

La cláusula *rebus sic stantibus* se encontraba incorporada en varios sistemas legales y es considerada un principio general del derecho. En este sentido, la aplicación de la misma se justificaba a pesar de que esta disposición no hacía parte del derecho iraní. En línea semejante puede referenciarse el Laudo CCI 9994 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2001).

Sin embargo, también se encuentran casos donde tal como se indicó en líneas anteriores, la teoría de la imprevisión ha sido incorporada en varios instrumentos internacionales. Por ejemplo, instrumentos como los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (artículo 6:111: cambio de circunstancias), el Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo (artículo 1:110: variación o terminación del contrato por una corte ante un cambio de circunstancias), o los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (capítulo 6, sección 2: excesiva onerosidad [*hardship*]) contienen alusión expresa a esta figura. También ha sido reconocida esta figura en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, a partir de lo dispuesto en su artículo 79 sobre exoneración de incumplimiento.

Ahora bien, pese a la amplia acogida que la teoría de la imprevisión ha tenido en el escenario internacional, por lo menos al ser incorporada en importantes instrumentos, han sido pocos los casos en los que efectivamente se ha utilizado.

Tomando como ejemplo los Principios Unidroit, uno de los instrumentos de *soft law* más importantes en materia contractual, se encuentra que, en escenarios de arbitraje internacional, las disposiciones sobre excesiva onerosidad han sido modestamente

utilizadas desde un punto de vista cuantitativo, y cuando han sido mencionadas, pocas veces han dado lugar a la revisión del contrato.

En efecto, por una parte, pueden identificarse algunos casos donde tribunales arbitrales han considerado que la teoría de la imprevisión responde a principios generales del derecho. Ejemplo de estos casos pueden ser el Laudo 7365/FMS (Cámara de Comercio Internacional [CCI], 1997a), en el cual el Tribunal consideró que, como consecuencia de los hechos ocurridos en 1979 en desarrollo de la revolución iraní, cada parte del contrato tenía derecho a declarar la rescisión unilateral del contrato o la adaptación del contrato con miras a restablecer su equilibrio en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.2.3 (efectos de la “excesiva onerosidad” [*hardship*]) de los Principios Unidroit, argumentando que dicha cláusula del *hardship* o *rebus sic stantibus* se encontraba incorporada en varios sistemas legales y es considerada un principio general del derecho. En este sentido, la aplicación de la misma se justificaba a pesar de que esta disposición no hacía parte del derecho iraní. En línea semejante puede referenciarse el Laudo CCI 9994 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2001).

Sin embargo, también se encuentran casos donde expresamente se ha rechazado la posibilidad de asimilar la teoría de la imprevisión como reflejo de los principios generales del derecho o de la *lex mercatoria*. Tal es el caso, por ejemplo, del Laudo CCI 8873 (Cámara de Comercio Internacional, 1997b), donde el tribunal arbitral señaló que las estipulaciones sobre *hardship* contenidas en los Principios Unidroit, no correspondían, por lo menos al momento del fallo, a una práctica corriente dentro del comercio internacional. Posiciones semejantes se pueden encontrar en los laudos CCI 12446 de 1998 y CCI 12446 de 2004 (Cámara de Comercio Internacional, 2004).

En esta misma línea, Bortolotti (2000, p. 143) señala cómo se han esgrimido argumentos tendientes a sustentar que las disposiciones de los Principios Unidroit sobre *hardship* superan las prácticas del comercio internacional al brindar una protección más amplia a la parte desfavorecida que aquella existente en la mayoría de las legislaciones y en la práctica internacional, ya que permite que una tercera parte –el tribunal arbitral que establezca la existencia de excesiva onerosidad– pueda incluso adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

Algo semejante se puede indicar respecto a la utilización de la teoría de la imprevisión en la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Pese a que dicho instrumento no consagra expresamente la teoría de la imprevisión, se viene sosteniendo que a partir de la aplicación del artículo 79 se pueden regular situaciones de excesiva onerosidad (*hardship*), las cuales “se refieren al cambio de circunstancias que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, haciendo que el cumplimiento de una parte sea significativamente más oneroso o disminuyendo considerablemente el valor de su prestación” (Consejo Consultivo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional [CISG-AC], 2020).

Sin embargo, pese a que este instrumento es quizá el más ampliamente aceptado en materia de contratación internacional (actualmente, 94 Estados lo han ratificado), son relativamente pocas las decisiones sobre excesiva onerosidad que se han producido bajo la órbita de la Convención. En el año 2020, con ocasión de la pandemia, el Consejo Consultivo de la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional (CISG-AC) profirió la Opinión Consultiva N.º 20, en la cual se precisan los alcances y requisitos que deben ser tomados en cuenta al pretender aplicar la teoría de la imprevisión bajo dicha Convención. En este texto, el Comité identificó apenas 10 casos donde se ha aplicado dicha figura en cortes nacionales o en arbitramentos.

La teoría de la imprevisión y la *lex mercatoria*

Encontramos entonces que, al mismo tiempo que la teoría de la imprevisión ha sido progresivamente desarrollada en diversos instrumentos normativos nacionales e internacionales, no han sido numerosos los casos en que esta teoría se ha utilizado para modificar un escenario contractual. Se evidencia que en varios de los casos donde esta teoría se ha mencionado ha sido para descartar su aplicación, bien sea porque no corresponden a usos y prácticas extendidas del comercio internacional o porque los requisitos exigidos a esta figura no se cumplían en esos casos.

Así las cosas, considerar la teoría de la imprevisión como parte o reflejo de la llamada *lex mercatoria*, dependerá exclusivamente de lo que se entienda por esta última. Como se anticipó en líneas anteriores, se

propone un entendimiento de la *lex mercatoria* como aquella parte de la regulación y autorregulación que tiene respaldo efectivo en los usos y prácticas del comercio internacional.

Bajo este entendimiento de la *lex mercatoria*, difícilmente podría sostenerse, hoy en día, que la teoría de la imprevisión hace parte de ella, pues, aunque resulta innegable que en las últimas décadas esta teoría ha sido integrada en diversos instrumentos nacionales e internacionales, esto por sí solo no ha garantizado un uso extendido o generalizado de la teoría. Por el contrario, jueces y árbitros, tanto a nivel nacional como internacional, han sido rigurosos al momento de aplicar la teoría de la imprevisión, generando límites estrictos para la operatividad de esta figura.

Sin embargo, los desafíos que la pandemia ha supuesto en materia contractual demandan un nuevo rol protagónico de la teoría de la imprevisión en los próximos años. En este contexto, será trascendental el marco interpretativo que se utilice para la aplicación de esta teoría.

La pandemia y los nuevos desafíos en materia de ejecución contractual: un asunto de derechos humanos

Es evidente que la pandemia causada por el covid-19 ha generado inmensos desafíos a todos los sectores y niveles de la sociedad. Uno de estos escenarios ha sido el derecho contractual: como consecuencia de las medidas de aislamiento y las restricciones de orden público que se han impuesto a lo largo del mundo, la ejecución de los contratos, en especial aquellos de ejecución sucesiva, ha sufrido graves alteraciones, lo que ha generado lógicas disputas entre las partes del contrato.

En este escenario, se han planteado múltiples herramientas para resolver estas disputas. Por ejemplo, algunos Estados han optado por intervenir directamente e imponer moratorias en la ejecución de ciertos contratos (en especial en temas como prestación de servicios públicos, contratos de arrendamiento, contratos de *leasing* habitacional, contratos de mutuo e hipoteca con entidades bancarias, entre otros); mientras que otros Estados han adoptado medidas menos invasivas, haciendo un llamado a los particulares para renegociar sus contratos de buena fe.

En este contexto de pandemia/pospandemia que el mundo atraviesa, el problema de la ejecución

contractual no es un asunto estrictamente de derecho privado, sino que las soluciones que se adopten tendrán profundo impacto en la vida de los ciudadanos involucrados. Aspectos como la fuerza vinculante de los contratos (*pacta sunt servanda*), la cláusula *rebus sic stantibus*, el respeto a los derechos adquiridos y el respeto a los derechos de propiedad, hoy más que nunca escapan de la estricta órbita del derecho privado y se convierten en un debate de derechos humanos.

La interacción entre derechos humanos y derecho privado

Al analizar la interacción que se da entre el derecho privado –específicamente en el derecho contractual– y el régimen de los derechos humanos, se suelen identificar, al menos, dos escenarios: por una parte, casos en los cuales los derechos humanos se ven afectados o limitados como resultado de provisiones contractuales y, por otra, los límites que deben imponerse a la libertad de contratación para la garantía de los derechos humanos (Mak, 2008, p. 49).

Estas tensiones se han intentado resolver a partir de diversos enfoques. Por ejemplo, una parte de la doctrina defiende que, siendo los derechos humanos garantías que corresponde a los Estados asegurar, es a estos –y no a los particulares– a los que se debe exigir su cumplimiento. Bajo este enfoque, corresponde al Estado regular las posibles extralimitaciones de los particulares en sus relaciones, a través de figuras como las llamadas normas imperativas o de orden público.

Otro sector de la doctrina ha defendido la posibilidad de reclamar, directa o indirectamente, el cumplimiento de los derechos humanos a los particulares. En atención al gran poder de hecho que los grupos privados ostentan en varios sectores de la economía, han surgido voces que reclaman la eficacia horizontal de los derechos humanos y su consecuente exigibilidad entre particulares, siendo pionera en este tema la doctrina alemana a través de la denominada *Drittwirkung*. A grandes rasgos, esta teoría defiende la aplicación de los derechos humanos entre individuos reconociendo la asimetría fáctica entre los mismos y el gran poder de hecho que varios particulares ejercen en las relaciones modernas².

Bajo la teoría del efecto directo de los derechos humanos respecto a particulares (*unmittelbare Drittwirkung*) se considera que estos pueden ser exigibles en las relaciones privadas de la misma forma que en la relación Estado-ciudadano. Sobre

la base de que el derecho en su conjunto se fundamenta en principios y valores constitucionales, los particulares están entonces obligados, de forma directa, por los derechos humanos.

Sin embargo, esta teoría se ha encontrado con varios reparos, principalmente por el hecho de que, tratándose de particulares, ambas partes son titulares de derechos fundamentales y cada uno podría alegar su derecho en contra del otro, lo cual llevaría a una paradoja. Adicionalmente, varios derechos fundamentales han sido pensados desde una relación Estado-individuo, sin contar, además, con que el ejercicio de un derecho individual encuentra límite en el derecho del otro individuo, lo que en un contexto contractual puede representar un serio problema práctico al pretender utilizar los derechos fundamentales de forma directa entre las partes (Mak, 2008, p. 51).

Por tales motivos, ha gozado de mayor aceptación la teoría del efecto indirecto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares (*mittelbare Drittwirkung*), bajo la cual se considera que los derechos humanos, si bien no pueden ser exigibles directamente a los individuos, sí son parámetros de interpretación y adecuación del marco normativo privado.

En este orden de ideas, cuando los particulares acuden a las estructuras de administración de justicia estatales, los jueces y autoridades públicas tienen el deber de garantizar el respeto de los derechos humanos de los ciudadanos en litigio, de tal forma que, al interpretar y aplicar las normas de derecho privado, estas autoridades deben velar por que la aplicación de tales normas no genere un escenario de violación de derechos humanos. En otras palabras, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal Alemán (BverfG), “cada norma jurídica de derecho privado debe ser interpretada de acuerdo con el espíritu de los derechos fundamentales”, mandato que resulta especialmente importante al momento de interpretar conceptos jurídicos indeterminados como la buena fe o conceptos como la solidaridad contractual (Stöber, 2019, p. 17).

De esta forma, la lectura e interpretación de las normas de derecho privado debe realizarse bajo el lente de la efectividad de los derechos humanos, por lo cual derechos como la libertad contractual y conceptos como “circunstancias extraordinarias”, “equilibrio económico de las prestaciones” o “buena fe” deben ser analizados bajo la garantía de derechos fundamen-

tales como el de la dignidad humana, el del mínimo vital, y el de ejercer profesión u oficio, entre otros.

El principio de solidaridad y su relevancia en el escenario contractual

Esta teoría de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales parece haber sido adoptada por diversos tribunales constitucionales en el mundo, lo que responde a una tendencia que en algunos contextos se ha denominado como “constitucionalización del derecho privado”, a raíz de la cual diversos ámbitos del derecho privado han sido permeados por normas y principios constitucionales en un proceso de ponderación y armonización entre ambos regímenes (Collins, 2011).

Específicamente en el derecho contractual, cobra especialísima importancia el principio de solidaridad como herramienta de armonización entre la libertad de contratación y la garantía de mínimos en derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta que la pandemia ha impedido la normal ejecución de los contratos celebrados, es imperioso que se establezcan remedios para armonizar los intereses en juego a la luz de contenidos de derechos humanos, tarea que no es sencilla. Sin embargo, esperando de las partes comportamientos de lealtad propios de la buena fe, el principio de solidaridad cobra mayor relevancia en este objetivo. Sobre este principio la Corte Constitucional colombiana ha señalado:

La Corte ha puntualizado en relación con el principio constitucional de solidaridad que de él se derivan dos consecuencias correlativas, cuales son, de una parte, la posibilidad de exigir a toda persona el deber de tomar las medidas necesarias que impidan poner en peligro los derechos de quien se encuentra en situación de riesgo; y por otra, que dicha exigibilidad únicamente se activa ante la presencia de una situación de urgencia manifiesta. (Corte Constitucional, Sentencia C-394/07)

También tiene especial importancia el concepto de solidaridad contractual. Varios autores sostienen que la solidaridad “es inherente a la noción misma de contrato”, a partir del sentimiento de confianza mutua entre las partes, por lo cual con el contrato no solo se persigue el fin buscado por las partes, sino también la materialización de criterios de justicia y equidad (Chamie, 2020, p. 140). Sin embargo, es menester resaltar que existen autores que han adoptado posturas de oposición o de desconfianza hacia la utilización de principios constitucionales en

el proceso de interpretación de situaciones contractuales de derecho privado, denunciando potenciales situaciones de inseguridad jurídica. En tal sentido, se cuestiona Mantilla Espinosa (2011):

Los principios mencionados, tal y como están formulados, presentan dos importantes características: una gran indeterminación –tanto del supuesto de hecho como de la sanción– y un altísimo contenido emotivo. Su aplicación generalizada puede conducir a graves situaciones de inseguridad y ansiedad jurídicas. Para evidenciarlo, basta con formularse unas preguntas simples: ¿cuál es el supuesto de hecho del principio que me exige actuar de buena fe o de forma solidaria? En virtud de los famosos deberes contractuales, ¿qué comportamiento tengo que asumir?, ¿qué actos precisos debo llevar a cabo?, ¿y cuáles serían las consecuencias de no hacerlo?, ¿qué sanción recibiría? y ¿cuánto me costaría no actuar así (¿de qué forma?)?, ¿cómo discutir un argumento que se dice equitativo y solidario?, ¿cómo oponer los intereses moratorios, las cláusulas compromisorias y las cláusulas penales a la libertad, la igualdad y la justicia?

Ante tales posturas, se considera que, como un desarrollo específico del deber constitucional de solidaridad, en contextos de urgencia se deben distribuir equitativamente los riesgos del contrato, procurando que situaciones como las generadas con el covid-19 no ocasionen desequilibrios excesivos en una sola de las partes, en especial hacia aquellas que, por sus condiciones familiares, sociales o económicas, están propensas a verse mayormente afectadas en esta situación. La aplicación efectiva de los principios constitucionales y generales del derecho juega un rol trascendental en este contexto.

Se trata entonces de que, a partir de los principios de solidaridad y buena fe, se revisen las circunstancias extraordinarias de los contratos con el ánimo de reinterpretar los escenarios de incumplimiento y modular las consecuencias que tal situación generaría en circunstancias normales. De ninguna manera se pretende poner en duda la fuerza vinculante de los pactos válidamente celebrados, pero sí resulta necesario que los particulares adecúen sus conductas para la armonización de intereses propios y generales. En esto se materializa la eficacia horizontal de los derechos humanos, por lo menos bajo la teoría del efecto indirecto. En este sentido, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que:

la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (i) en la existencia de una

libertad para contratar o no, siempre que dicha decisión no se convierta en un abuso de la posición dominante o en una práctica restrictiva de la competencia; (ii) en el logro o consecución no solo del interés particular sino también del interés público o bienestar común; (iii) en el control a la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) en el papel del juez consistente en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes; y (v) a la sujeción de la autonomía de la voluntad a los parámetros éticos de la buena fe. (Corte Constitucional, Sentencia T-468/03)

Esta interpretación del derecho contractual en clave constitucional y de garantía de derechos humanos ofrece el marco interpretativo indicado para que la teoría de la imprevisión se convierta, en tiempos de pandemia/pospandemia, en una herramienta de encuentro y ponderación entre los derechos contractuales de los particulares y la satisfacción de sus derechos humanos.

A modo de conclusión: la teoría de la imprevisión como herramienta para la garantía de derechos humanos en la pandemia

De lo anteriormente expuesto se pueden extraer tres premisas que permitirán efectuar algunas reflexiones finales.

1. Aunque la teoría de la imprevisión es una figura ampliamente extendida en las diversas legislaciones nacionales y en instrumentos internacionales, su aplicación efectiva en Colombia y en el mundo ha sido bastante limitada por la existencia de estrictos requisitos que las diferentes legislaciones han impuesto.

2. Vista la limitada utilización de la teoría de la imprevisión hasta la fecha, dicha herramienta no puede ser actualmente enmarcada dentro de la *lex mercatoria*, pues se considera que dicho concepto aglutina aquella parte de la regulación y autorregulación comercial que tiene respaldo efectivo en los usos y prácticas del comercio internacional.

Sin embargo, ante los inmensos desafíos que la pandemia generó en materia de interpretación y ejecución contractual a lo largo del mundo, es evidente que la teoría de la imprevisión está llamada a tomar un rol protagónico en la resolución de conflictos contractuales.

3. Teniendo en cuenta que la pandemia generó todo tipo de afectaciones empresariales y laborales,

que influyeron notoriamente en la órbita humana y familiar de los ciudadanos, resulta imperativo que la interpretación y utilización que desde ahora se efectúe de la teoría de la imprevisión se realice en un marco que propenda por la eficacia horizontal de los derechos humanos. De esta forma, la teoría de la imprevisión se puede convertir en tiempos de pandemia/pospandemia en un puente entre la *lex mercatoria* y los derechos humanos.

Tal como se indicó en líneas anteriores, la teoría de la imprevisión, aunque ampliamente reconocida en varios ordenamientos legales e instrumentos internacionales, ha gozado de una limitada aplicabilidad efectiva al momento de revisar situaciones de excesiva onerosidad. Sin embargo, se anticipa que los efectos de la pandemia en los contratos nacionales e internacionales modificará por completo esta situación.

Como es de público conocimiento, alrededor del mundo los Estados adoptaron diferentes medidas para hacer frente a la propagación del coronavirus y a la situación de salud pública. Confinamientos estrictos, limitaciones totales o parciales de movilidad, prohibición del ejercicio de varias actividades económicas y sociales, cierres de fronteras, entre otras tantas, fueron algunas de estas medidas, todas las cuales afectaron la ejecución de numerosos contratos entre particulares.

Bajo este panorama es absolutamente previsible que desde ahora y durante los próximos años se estén discutiendo y resolviendo, en tribunales alrededor del mundo, múltiples controversias contractuales con origen en la situación descrita generada con la pandemia. Por tal motivo, en los círculos académicos y en foros internacionales se han comenzado a evaluar herramientas legales adecuadas para dar solución a tales controversias. Una de las posibles herramientas de la que se puede hacer uso en este contexto es la teoría de la imprevisión³.

La imposibilidad de cumplimiento o la excesiva onerosidad en la ejecución de contratos han sido situaciones que ha enfrentado a toda clase de empresarios con decisiones como cierre de establecimientos de comercio o despido de trabajadores, siendo especialmente grave la situación en los pequeños y medianos empresarios, quienes a la vez son los mayores dinamizadores de las economías nacionales⁴. Igualmente gravosa ha sido la situación para ciertas personas naturales especialmente vulnerables que han caído en escenarios de incumplimiento o excesiva onerosidad en contratos particularmente

conexos con el goce de derechos humanos, como lo pueden ser los contratos de arrendamiento de vivienda o los contratos de mutuo o *leasing* con garantía hipotecaria.

En tal contexto resulta imperativo que, además de las acciones afirmativas de política pública que correspondan, se garantice que los particulares cuenten con una herramienta adecuada para la revisión de sus contratos y para que se adopten remedios mediante los cuales se pueda superar el excesivo desequilibrio prestacional que se haya presentado con ocasión de la pandemia.

Por supuesto, los remedios disponibles varían de acuerdo a las diversas legislaciones. En un primer momento, sería deseable que en desarrollo de los principios de solidaridad y buena fe sean las partes directamente quienes renegocien los términos de su relación. Sin embargo, conminar a una de las partes a una renegociación no es un remedio compartido por la mayoría de Estados⁵.

Pese a esta realidad legal, la gran mayoría de los ordenamientos sí consagran el principio de buena fe en materia contractual, del cual se desprenden deberes específicos de conducta para las partes. En escenarios como los de la pandemia, desde el principio de buena fe se podría exigir a las partes la obligación específica de revisar detenidamente el contrato en cualquiera de las fases en el que se encuentre, para alcanzar acuerdos que permitan la continuidad del contrato con la menor afectación común posible.

Por supuesto, lo anterior no garantiza que efectivamente las partes alcancen un acuerdo, pero sí permitiría evaluar la conducta de cada uno de los contratantes, para establecer si alguno de ellos adoptó posiciones irrazonables que entorpecieron el proceso de renegociación. En varios ordenamientos legales, adoptar conductas contrarias a la buena fe puede generar efectos indemnizatorios a favor de la parte afectada. Tal es el caso de Colombia, donde la Corte Constitucional ha señalado respecto al principio de buena fe:

Este principio comporta, *lato sensu*, el deber para las partes de actuar de tal forma que se procure mantener la equivalencia económica del contrato y evitar que puedan resultar afectados los intereses patrimoniales de las partes. Finalmente, uno de los efectos jurídicos de la buena fe en materia contractual, es la aplicación de la regla según la cual todo comportamiento contrario a la misma, en cuanto ilí-

cito, trae implícita la obligación de pagar perjuicios. (Corte Constitucional, Sentencia C-207/19)

Por otra parte, es más común que las legislaciones que han aceptado la teoría de la imprevisión opten por permitir al juez la adaptación del contrato para reestablecer el equilibrio prestacional conforme a las circunstancias de cada caso o a la terminación del vínculo contractual⁶.

Si este ejercicio judicial de adaptación del contrato se efectúa bajo parámetros solidaristas y buscando la garantía efectiva de los derechos fundamentales –en especial la garantía de derechos humanos de aquellos individuos que por circunstancias específicas se pudieren encontrar en estado de vulnerabilidad o desigualdad material respecto a su contraparte–, es posible que en los próximos años la teoría de la imprevisión, no solo se convierta en un instrumento de *lex mercatoria* ampliamente aceptado y aplicado bajo diversos ordenamientos legales, sino también en un puente de diálogo entre *lex mercatoria* y derechos humanos.

De esta forma, la teoría de la imprevisión sería un escenario donde se puede materializar el efecto indirecto de los derechos humanos en las relaciones contractuales privadas, a través de la interpretación en clave constitucional de conceptos indeterminados como “excesiva desproporción”, “excesiva onerosidad” o “equilibrio económico” dentro de casos concretos generados con ocasión de la pandemia.

Referencias

- Anzures Gurría, J. J. (2010). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*, 22, 3-51. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/issue/view/235>
- Banco Mundial. (2021, 8 de junio). *La economía mundial: en camino hacia un crecimiento firme, aunque desigual debido a los efectos perdurables de la covid-19*. <https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2021/06/08/the-global-economy-on-track-for-strong-but-uneven-growth-as-covid-19-still-weighs>
- Berman, H. J. y Kaufman, C. (1978). The law of international commercial transactions (*lex mercatoria*). *Harvard International Law Journal*, 19(1), 221-277.
- Bortolotti, F. (2000). The Unidroit Principles and the arbitral tribunals. *Uniform Law Review*, 5, 141-152. <https://doi.org/10.1093/ulr/5.1.141>
- Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. (2003). Los contratos internacionales y el mito de la “nueva *lex mercatoria*”. En A. Zapata de Arbeláez (comp.), *Decho internacional de los negocios: tomo III*. Universidad Externado de Colombia.
- Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación. (2008a). Laudo arbitral. Partes: Consorcio Arabia vs. Instituto Nacional de Vías - Invías.
- Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación. (2008b). Laudo arbitral. Partes: Elsamex Internacional Sucursal Colombia y Gas Kpital GR S.A. vs. Instituto Nacional de Vías - Invías.
- Cámara de Comercio Internacional, Corte Internacional de Arbitraje. (1997a). Laudo CCI 7365/FMS. Partes: Ministerio de Defensa de la República Islámica de Irán vs. Cubic Defense Systems INC. <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13618&x=1>
- Cámara de Comercio Internacional, Corte Internacional de Arbitraje. (1997b). Laudo CCI 8873. <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13618&x=1>
- Cámara de Comercio Internacional, Corte Internacional de Arbitraje. (2001). Laudo CCI 9994. <http://www.unilex.info/principles/case/1062>
- Cámara de Comercio Internacional, Corte Internacional de Arbitraje. (2004). Laudo CCI 12446. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1208>
- Caro Nieto, J. (2016). La teoría de la imprevisión. En M. Castro de Cifuentes (coord.), *Derecho de las obligaciones con propuesta de modernización (tomo II)*. Temis.
- Chamie, J. (2020). Por un derecho de contratos más solidario en tiempos de pandemia del contrato indiferente al contrato humano: “anticuerpos” para restablecer el equilibrio funcional de los contratos. En M. Cellurale et al., *Vulnerabilidad, solidaridad y pandemia: algunas reflexiones desde el derecho civil* (pp. 129-148). Universidad Externado de Colombia.
- Código de Comercio [Decreto 410 de 1971]. 27 de marzo de 1971. DO, 33-339.
- Collins, H. (2011). The impact of human rights law on contract law in Europe. *European Business Law Review*, 22(4), 425-435. <https://doi.org/10.54648/EULR2011022>
- Consejo Consultivo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional (CISG-AC) (2020). Opinión Consultiva N.º 20. Excesiva onerosidad (hardship) conforme a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. http://cisgac.com/file/repository/Spanish_Opinion_20_Addenda.pdf
- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (05 de julio del 2003). Sentencia T-468/03. [M. P.: R. Escobar Gil].

- Corte Constitucional, Sala Plena. (23 de mayo del 2007), Sentencia C-394/07. [M. P.: H. A. Sierra Porto].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (16 de mayo del 2019). Sentencia C-207/19 [M. P.: C. Pardo Schlesinger].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (29 de octubre de 1936), [M. P.: L. Escallón].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (21 febrero del 2012). Sentencia 11001-3103-040-2006-00537-01. [M. P.: W. Namén Vargas].
- Cranston, R. (2007). Theorizing transnational commercial law. *Texas International Law Journal*, 42, 597-617.
- De Ly, F. (2000). Lex mercatoria (new law merchant): Globalization and international self-regulation. *Diritto Commerciale Internazionale*, 14, 519-547.
- Dulcey, E. (2020). Impacto de la pandemia en la contratación colombiana y en las garantías que la respaldan. *Revista Fasecolda*, 178, 34-39. <https://revista.fasecolda.com/index.php/revfasecolda/article/view/631>
- Frischkorn, M. (2005). Definitions of the lex mercatoria and the effects of codifications on the lex mercatoria's flexibility. *European Journal of Law Reform*, 7, 331-351.
- Mak, C. (2008). *Fundamental rights in European contract law: A comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*. Kluwer Law International.
- Mantilla Espinosa, F. (2011). El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia. *Revista Chilena de Derecho*, 16, 187-241. <https://doi.org/10.4067/S0718-80722011000100006>
- Mendoza Ramírez, A. (2020). *Obligaciones*. Editorial Temis.
- Momberg-Uribe, R. y Vidal-Olivares, A. (2018). El límite económico al cumplimiento de contrato: desde la excesiva onerosidad sobrevenida a los costos excesivos del cumplimiento específico. *Vniversitas*, 137, 1-23. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj137.lecc>
- Mustill, M. (1988). The new lex mercatoria: The first twenty-five years. *Arbitration International*, 2, 86-109. <https://doi.org/10.1093/arbitration/4.2.86>
- Organización Mundial de la Salud. (2021). *WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard*. <https://covid19.who.int>
- Red Española del Pacto Mundial. (2020). *Pymes y covid-19: hacia una recuperación sostenible*. https://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2020/06/Gu%C3%ADa-Pymes-y-COVID-19_-hacia-una-recuperaci%C3%B3n-sostenible.pdf
- Rosenbald, N. (2020). O direito como experiência: dos “coronation cases” aos “coronavírus cases”. *Atualidade Jurídica Iberoamericana*, 12 bis, 250-257.
- Secretariado de Unidroit. (2020). *Nota del Secretariado de Unidroit sobre los Principios de Unidroit relativos a los contratos comerciales internacionales y la crisis sanitaria del covid-19*. <https://www.unidroit.org/spanish/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-s.pdf>
- Stöber, M. (2019). *Tendencias contemporáneas del derecho privado alemán y europeo*. Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales - Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (Unijus).
- Tobar Torres, J. A. (2017). *La autorregulación normativa de los actores privados en el comercio internacional: el caso de los Principios sobre los contratos comerciales de Unidroit* [tesis de doctorado, Universidad de Buenos Aires]. http://repositorioubasibsi.uba.ar/gsd/collect/adrposgra/index/assoc/HWA_2107.dir/2107.PDF
- Tobar Torres, J. A. (2020). *Los Principios Unidroit: fundamentos, práctica y aplicaciones*. Editorial Ibáñez.

Notas

- 1 Un estudio pormenorizado de la llamada *lex mercatoria*, sus características, sus desarrollos e implicaciones normativas, puede ser consultado en Tobar Torres (2017). En este acápite se expondrán de manera suscita algunas conclusiones desarrolladas en dicho trabajo.
- 2 Una reconstrucción del debate puede encontrarse en Anzures Gurría (2010).
- 3 Para ilustrar la relevancia que la teoría de la imprevisión está llamada a cobrar con ocasión de la pandemia, se puede resaltar que durante el año 2020 Unidroit (Secretariado de Unidroit, 2020) y el Consejo Consultivo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional (CISG-AC) profirieron amplios documentos interpretativos sobre las disposiciones relativas a excesiva onerosidad contenidas en los Principios Unidroit y la CISG, respectivamente. En ambos documentos se dan parámetros para tener en cuenta al momento de evaluar un caso concreto de excesiva onerosidad derivado de la pandemia.
- 4 Sobre la afectación que las pequeñas y medianas empresas han sufrido como consecuencia de la pandemia y los desafíos para una recuperación, puede consultarse Red Española del Pacto Mundial (2020).
- 5 Como lo menciona la Opinión N.º 20 del Consejo Consultivo de la CISG solo cinco derechos internos

imponen la obligación de renegociar el contrato: Armenia (art. 467 CC); Azerbaiyán (art. 422 CC); Francia (art. 1195 CC); Lituania (art. 5.204 CC); Rusia (art. 451 CC); Ucrania (art. 652 CC). También se contempla este remedio en los Principios Unidroit (art. 6.2.3), pero el mismo es abiertamente descartado en la CISG.

- ⁶ Al respecto, en la Opinión N.º 20 del Consejo Consultivo de la Convención de la Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional (2020) se indica que “veinte ordenamientos jurídicos

contemplan la acción de adaptación del contrato por un juzgado o un tribunal arbitral, de estos últimos, todos menos cuatro contemplan también la acción alternativa de terminación por el mismo juzgado o tribunal arbitral”. Precisamente la CISG no contempla entre sus posibles remedios la adaptación judicial del contrato, pero sí permite como remedios la suspensión del contrato, la exoneración de responsabilidad por daños o perjuicios, la exclusión del cumplimiento específico, la reducción del precio, y en última instancia la resolución del contrato.