# La *Force Majeure* en nuestra legislación y los criterios internacionales

Víctor Alejandro Apuril Llamosas [1]


## ► SUMARIO

*Se volvió a nivel internacional un tema tan recurrente la evocación de impedimentos que dificultan el cumplimiento de los contratos, entre ellos la force majeure[2] (fuerza mayor). Sin lugar a dudas estos eventos se volvieron un dolor de cabeza para los juzgadores en los casos donde se discuten grandes conflictos, y una parte invoca la fuerza mayor como eximente para responder por su incumplimiento. Sin embargo, la precisión de lo que entendemos por ella se encuentra rezagada y huérfana, ya que nuestro Código Civil solo describe sus efectos y no lo define.*

*Por ello, se analizará los instrumentos internacionales de derecho mercantil y criterios doctrinarios y jurisprudenciales que permitirán al lector exponerle el gran debate jurídico global en relación a un tema muy vidrioso y complejo como lo es la force majeure. Que si bien parece tangible, sencillo y evidente al momento de resolver una controversia se convierte en una de las cuestiones más altercadas y de confuso entendimiento.*

## ► ABSTRACT

*It has become a recurrent issue at the international level the evocation of impediments that impede the performance of contracts, among them force majeure. Undoubtedly these events became a headache for judges in cases where major interest are discuss, and one party invokes force majeure as an excuse to respond for their non-performance. However, the precision of what we mean by it is excluded and orphaned, because our Civil Code only describes its effects and does not define it.*

*Therefore, we will analyze the international instruments of commercial law and doctrinal and jurisprudential criteria that will allow the reader to expose the great breadth of the global legal debate in relation*


[1] Estudiante del quinto año de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - U.N.A. Relator del Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Sexta Sala. Orador del equipo de arbitraje Moot Madrid 2017. Miembro Ganador del Premio al mejor escrito de demanda y 3er puesto en la Fase Oral.

[2] Force majeure, es la expresión universalmente utilizada en francés. Concepto familiar para los juristas del civil law, que tiene sus orígenes en el concepto del derecho romano de vis major, esto es, un evento irresistible, imprevisible e inevitable que está fuera del control del obligado y que hace imposible la ejecución de la prestación. Concepto que es poco familiar para los juristas del common law que utilizan, aunque llegando prácticamente al mismo resultado otras teorías, como la de la imposibilidad (impossibility), frustración del propósito (frustration of purpose) e impracticabilidad (impracticability).

*to a very glassy and complex subject such as force majeure. Although it can seems to be a tangible, simple and obvious subject, however, when a controversy must be resolved the issue becomes one of the most disturbed and confused understanding.*

## ► CONSIDERACIONES PREVIAS. EL INCUMPLIMIENTO.

En las relaciones contractuales las partes al momento de ligarse en virtud a un contrato se hallan sometidas a los pactos contenidos en él. Dicho en otros términos se reconoce el principio de *pacta sunt servanda,* es decir que cuando las partes se comprometen a cumplir una obligación estas deben cumplirlas como si de una ley se tratase[3], pues en caso de que alguno de los obligados incumpla deberá responder por los daños causados por su incumplimiento.

Ahora bien, existen situaciones en las cuales el cumplimiento de tal obligación se torna complicado, inviable o impracticable en razón a eventos ajenos a la voluntad de las partes, a esto le llamamos en nuestro ordenamiento *fuerza mayor o caso fortuito*.

Diversas pueden ser las circunstancias que alteren la posibilidad de las partes de cumplir con lo que se ha comprometido a hacer, no hacer o dar. A fin de aportar certeza jurídica a los contratos, los juristas internacionales han determinado que estos hechos deben reunir ciertos requisitos fundamentales para que se pueda producir la exoneración del cumplimiento del contrato mientras ocurra la *fuerza mayor*.

En esa línea, se ha adscripto la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa internacional de Mercaderías de 1980[4] (En adelante *Convención de Viena*), pues para que exista *force majeure* el hecho debe ser imprevisible e insuperable para eximir del cumplimiento al deudor. Sin embargo, estas disposiciones de derecho uniforme refieren a contratos de compra-venta internacional donde las partes son contratantes de Estados diferentes, pero

[3] Art. 715 del Código Civil Paraguayo (en adelante C.C.P.): "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas".

[4] La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 ha pasado a ser en más de 30 años un importante instrumento del comercio internacional. La Convención ofrece un marco uniforme para los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tienen sus establecimientos en Estados diferentes. Al definir los derechos y las obligaciones de las partes de forma transparente y fácil de comprender, la Convención impulsa la previsibilidad del derecho mercantil internacional, lo que contribuye a disminuir el costo de las operaciones mercantiles. En el país ingresó a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley N° 2611/05 siendo aprobada y ratificada tal Convención en su totalidad, es decir sin haber realizado reserva alguna.

ello no obsta utilizarlos en los contratos nacionales a fin de cubrir ciertos vacíos y de sustanciar argumentos jurídicos.

Por otro lado, la comunidad jurídica mercantil internacional en el afán de establecer principios rectores en los diversos contratos mercantiles han desarrollado normativas persuasivas que permiten a los juzgadores tener como base un criterio que mayoritariamente es conocido y aceptado por el mundo jurídico. Estos fundamentos como los *Principios UNIDROIT*[5] que si bien no contienen carácter vinculante son de gran utilidad para que el juzgador pueda tener los elementos eficientes para resolver una cuestión.

En ese tren de ideas, conviene tener en mente tres principios contractuales fundamentales para poder analizar los efectos de la *force majeure.* El primer principio constituye la *autonomía de la voluntad*[6] de las partes que permite a las mismas celebrar contratos en la forma, con el contenido y las cláusulas que consideren más eficientes y eficaces para la conclusión del pacto, siempre y cuando no contraríen disposiciones legales de orden público, sea nacional o internacional.

El segundo principio constituye el ya mencionado *pacta sunt servanda*, es decir los contratos son ley para las partes. Y el tercero no menos importante, el *rebus sic stantibus* en virtud del cual se permite la revisión de los contratos cuando debido a la concurrencia de circunstancias nuevas respecto a las existentes en el momento de celebración del contrato y que son imprevisibles, las prestaciones de alguna de las partes han devenido excesivamente gravosas, rompiendo el equilibrio económico del contrato[7].

Antes de comenzar a hablar del tema en cuestión -*force majeure*-

[5] Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales fueron publicados por primera vez en 1995, siendo UNIDROIT una agencia especializada de las Naciones Unidas que tiene como misión la unificación del derecho privado. Son recomendaciones, declaraciones, principios, códigos de conducta etc. que se emiten por algunos organismos e instituciones internacionales y que cada vez adquieren más relevancia en la práctica legal internacional por su creciente utilización. Estos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales y son de aplicación cuando las partes del contrato hayan decidido que el mismo se rija por estos principios. Hay que subrayar la importancia que han adquirido con el tiempo a la hora de interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme del comercio internacional por parte de jueces y tribunales.

[6] Art. 302 del C.C.P. (Código Civil Paraguayo):"En la celebración de los actos jurídicos deberán observarse las solemnidades prescriptas por la ley. A falta de regla especial, las partes podrán emplear las formas que estimen convenientes".
Art. 1.1 de los Principios UNIDROIT Versión 2010: "Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido".

[7] Si bien nuestro código no refiere expresamente la posibilidad de las partes de modificar el contrato, el principio de autonomía de la voluntad de las partes permite a los contratantes efectuar las negociaciones que consideren pertinentes una vez concluida la relación contractual. De manera ilustrativa, la Ley civil permite extinguir el contrato y celebrar uno posterior, en clara alusión de otorgar a las partes la libertad de modificar sus obligaciones contractuales de común acuerdo. Art. 718 del C.C.P.: "Las partes pueden extinguir por un nuevo acuerdo los efectos de un contrato anterior, pero la rescisión acordada no perjudicará en ningún caso los derechos adquiridos por terceros, a consecuencia del contrato rescindido".

se debe precisar lo que es el *incumplimiento* o lo que en el *common law* se define como *non-performance*. Sabemos que una vez nacida la relación jurídica existen dos facetas; una proyección del contrato, es decir lo que las partes quieren que ocurra en virtud al pacto y una segunda faceta que es lo que efectivamente ocurrió en el transcurrir del tiempo, lugar y circunstancias[8].

Al momento en que existe una variación de lo proyectado en el contrato y lo que realmente aconteció, nos encontramos ante un *incumplimiento*. Nuestra legislación a consecuencia del *incumplimiento* permite al acreedor tres facultades excluyentes cuales son: 1- exigir el cumplimiento al deudor por los medios legales; 2- hacer cumplir lo pactado por otro a costa del deudor y 3- obtener indemnizaciones por el incumplimiento. Debiendo primero el acreedor intentar lograr el cumplimiento del contrato (1 y 2) y residualmente en *ultima ratio* solicitar la indemnización monetaria del deudor por su incumplimiento[9].

A mayor abundamiento, en los instrumentos de derecho internacional privado contamos con tres elementos a fin de entender que es el *incumplimiento* o *non.-performance*, a saber:

1. El *incumplimiento contractual* abarca toda violación o inobservancia de cumplimiento de cualquier obligación del pacto sea esta principal o accesoria;[10]
2. Incluye cualquier incumplimiento justificado o no excusado -el incumplimiento justificado será objeto de estudio-;[11] y
3. El incumplimiento se halla unido a la responsabilidad estrictamente contractual u objetiva.

A fin de dar más luz al término en cuestión, es importante resaltar la definición contenida en los *Principios UNIDROIT* (Versión 2010) que en su Art. 7.1.1. estatuye que el *incumplimiento* consiste en: *"la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones*

[8] GHERSI, Carlos Alberto. "Contratos Civiles y Comerciales" Parte General y Especial - TOMO I. Editorial Astrea. 4ta. Edición. 1998. Buenos Aires - Argentina. p. 270.

[9] Art. 420 del C.C.P.: "El acreedor, como consecuencia de la obligación, queda facultado: a) para emplear los medios legales, a fin de que el deudor cumpla con la prestación; b) para procurarla por otro a costa del obligado; y c) para obtener las indemnizaciones pertinentes".

[10] Texto original en inglés, traducción al español: "El incumplimiento se define como la inejecución por una parte de cualquiera de sus obligaciones que surgen del contrato. La noción de incumplimiento abarca la inejecución de todo lo pactado y todas las formas de ejecución frustrada o de modo defectuoso, el cumplimiento o ejecución tardía, así como la violación de las cargas u obligaciones «accesorias», como el deber de cooperar de las partes a fin de dar pleno efecto al contrato. Por eso, es irrelevante que la obligación incumplida sea una de las «obligaciones principales» del contrato o alguna otra obligación «accesoria»." BRUNNER, Christoph. "Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration". International Arbitration Law Library, Volume 18.Kluwer Law International. 2008. p. 59.

*contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío".*

Ahora bien, en cuanto al *incumplimiento* debemos hacer la precisión que cualquier inejecución del contrato constituye una falta al deber contractual de cumplir lo pactado. Es decir, que hablamos de *incumplimiento* aun cuando este estuviera excusado o justificado. Ulteriormente analizaremos las consecuencias del *incumplimiento excusado* en nuestro ordenamiento y en los principios internacionales de los contratos.

Por consiguiente, teniendo bien claro la fuerza vinculadora de los contratos pero así también la posibilidad de modificarlos en determinadas situaciones es conveniente comenzar definiendo la tan recurrida *force majeure.*

## ► ¿QUÉ ES FORCE MAJEURE? SISTEMAS CIVIL LAW Y COMMON LAW

Como se adelantó, nuestro Código Civil evita hacer definiciones siguiendo la tendencia de los ordenamientos civiles modernos a la cual se adscribió el gran e ilustre jurista paraguayo y creador del anteproyecto del primer Código Civil y Comercial paraguayo, el Dr. Luis De Gásperi. En ese lineamiento de pensamiento se considera por tanto que las definiciones deben ser objeto de la doctrina y jurisprudencia, mientras que la Ley se debe encargar de los *supuestos jurídicos* y sus efectos al momento en que el hecho o acto jurídico produzca consecuencias jurídicas.

Sin embargo, el anterior Código Civil argentino -el del connotado jurista Dalmasio Vélez Sarsfield- definió a la fuerza mayor o caso fortuito como el hecho que no pudo haber sido previsto o que, habiendo sido previsto, no se ha podido evitar y como consecuencia exime de responsabilidad al deudor salvo pacto en contrario[12].

Siguiendo esa razón, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (C.C. y C.A.) consideró importante imponer una definición precisa y clara de lo que efectivamente se entiende por *fuerza mayor o caso fortuito* -aclarando eficazmente que son sinóni-

[11] Ob. cit. (10) p. 58.

[12] Art. 514 del Código Civil Argentino de Vélez (hoy derogado por el nuevo C.C. y C. Argentino): "Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse".

mos- y adscribiendo a los requisitos aceptados por el mundo jurídico internacional -*imprevisibilidad, inevitabilidad y ajenidad*- para su configuración[13].

Los comentaristas de la citada legislación entonces consideraron que existe *force majeure -fuerza mayor o caso fortuito-* cuando: *"un hecho imprevisible o inevitable, ajeno al presunto responsable, viene a constituirse en la verdadera causa adecuada del daño, y desplaza a la conducta del agente. En tal caso, el sindicado como responsable se exime totalmente de responsabilidad. De hecho, el hecho de la víctima y el de un tercero por quien no se debe responder únicamente exoneran si reúnen las notas tipificantes del caso fortuito"*[14].

Teniendo así un concepto preliminar de lo que se entiende por *force majeure* es relevante hacer un breve estudio de las diferencias de criterios en cuanto a la eximente del cumplimiento de las obligaciones entre los sistemas jurídicos que gobiernan el derecho en el mundo. El primero es el *civil law* o *derecho romanista* (régimen aceptado en el Paraguay, América Latina, Europa Continental y otros); y el segundo el *common law* o derecho anglosajón (utilizado en Estado Unidos de América, Inglaterra y los países que fueron colonias de ambos estados).

## ► SISTEMA CIVIL LAW O DERECHO ROMANISTA

Para comprender el silogismo utilizado en el recurrido sistema, se debe clasificar los impedimentos para el cumplimiento y posteriormente estudiar los efectos que estos tienen sobre los contratos. Se advierte además que en este ordenamiento, la *inexistencia de la culpa* en el *incumplidor* revierte principal importancia para eximir al deudor del cumplimiento de la prestación. Por esta razón a fin de tener presente la diferencia en relación al *sistema anglosajón,* estudiaremos los 3 impedimentos del *ius civile,* cuales son[15]*:*

1. *Impedimento subsiguiente o inicial:* Bajo la doctrina tradicional el deudor se halla liberado de ejecutar el contrato o cum-

[13] Art. 1730 del C.C. y C. A.: "Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos "caso fortuito" y "fuerza mayor" como sinónimos".

[14] HERRERA, Marisa - CARMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián. "Código Civil y Comercial de la Nación Argentina - Comentado". Tomo IV. Editorial del MJyDDHH. Comentario al Art. 1730. p. 435.
Disponible en: "http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf".

[15] El análisis ilustrado es una sinopsis de la obra ultra citada (10). p. 77/79.

plirlo si el impedimento se produjo después de la formación del contrato, por consiguiente al incumplidor no se le puede atribuir ningún tipo de culpa.

Tales sistemas legales siguen la norma de derecho romano *"impossibilium nulla obligatio"* y estos distinguen dos imposibilidades: 1- *imposibilidad posterior:* que tendrá el efecto de ser eximente del cumplimiento de acuerdo a las leyes nacionales y; 2-*imposibilidad anterior:* si el impedimento ya existía antes de la celebración del contrato este sería causal de nulidad del contrato y no eximente, ello se ve reflejado en nuestro Código Civil al determinar la inexistencia o nulidad del acto jurídico que versase sobre un hecho imposible[16].

2. *Impedimento subjetivo y objetivo:* El antiguo código civil alemán distingue que cuando el impedimento se refiera a la imposibilidad que tiene una de las partes de cumplir la obligación, este es subjetivo. Es decir, el deudor aunque desea cumplir no puede realizar la obligación (*"no puedo hacerlo"*). Sin embargo, en el *impedimento objetivo* presupone que ni el deudor ni nadie más puede cumplir la obligación (*"la cosa no se puede hacer"*).
3. *Impedimento económico:* Estamos hablando de una impracticabilidad de índole comercial del cumplimiento, es decir existen extremos que tornan a la prestación irrazonablemente y excesivamente onerosa. Podríamos aducir que una suba excesiva de impuestos, tasas aduaneras, un aumento de los costes del objeto del contrato (servicios y/o productos) o cualquier eventualidad imprevisible y ajeno al control de las partes que desvaríen la pretensión económica y constituyan situaciones que transforman al cumplimiento en inasequible, son *impedimentos económicos*. No obstante, la discusión en doctrina y jurisprudencia sobre dichos impedimentos es amplia y mayoritariamente se han inclinado a encuadrarlos más bien en lo que se llama el *hardship* o *excesiva onerosidad* cuyos efectos difieren de la *force majeure* y

[16] Art. 299 del C.C.P.: "No podrán ser objeto de los actos jurídicos: c) los hechos imposibles (...) La inobservancia de estas reglas causa la nulidad del acto, y de igual modo, las cláusulas accesoria que, bajo la apariencia de condiciones, contravengan lo dispuesto por este artículo".

serán estudiados al final.

4. *Efectos legales:* Conviene hacer la precisión de que nuestro sistema jurídico permite a las partes realizar convenciones -no contrarias al orden público- sobre los efectos legales de las eximentes en el cumplimiento de la obligación. Empero, nuestro Código Civil contiene una solución al respecto a ser examinada más abajo.

## ► SISTEMA DE DERECHO ANGLOSAJÓN O COMMON LAW

A diferencia del sistema *civil law* en este ordenamiento la responsabilidad del deudor no depende de la culpa de aquel, es decir se prescinde -en principio- de la *inexistencia de la culpa del incumplidor* a fin de eximirle a este del cumplimiento. El *common law* -específicamente en Reino Unido- considera que las promesas contractuales son garantías -*obligaciones absolutas* que deben cumplirse- y si las partes desean eximirse de cumplirlo se debe pactar expresamente en una cláusula las causales de exoneración, de lo contrario el deudor será siempre responsable por su incumplimiento[17].

Nótese que la diferencia radica en la gran fuerza vinculatoria de los contratos celebrados bajo el derecho anglosajón que no exime a las partes obligadas a no ser que exista un pacto que así lo permita.

Sin embargo, la regla de *obligación absoluta* fue reducida en el caso *Taylor vs. Caldwell*[18] en donde se sentó las bases doctrinales de la llamada *frustration*. En tal juicio la Corte Inglesa entendió que se habla de *frustración* cuando la obligación se encuentra malograda por una situación ajena al actuar de las partes y en consecuencia lo más justo en virtud al contrato es liberar al deudor de sus obligaciones, a pesar de la inexistencia de un pacto que así lo determinare.

Empero, fueron acrecentándose ciertos problemas cuando en un mal uso de la doctrina de la *frustración* algunos desavenidos con intereses espurios e imprudentes buscaron alivianar sus obligaciones contractuales, con notoria distorsión a la real finalidad de la *frustración.*

[17] Ob. cit. (10) p. 88/99.

[18] Taylor & Anor v Caldwell y Anor [1863] EWHC QB J1 (6 de mayo de 1863). Este caso que fue entendido por la Corte Suprema de Inglaterra (División del Estrado de la Reina) y sentó la base jurisprudencial sobre la frustración (frustration) definiéndolo como un evento que ocurre después de la celebración del contrato y que torna físicamente imposible cumplir la obligación. Su importancia radica en morigerar la dureza de la regla de obligación absoluta (absolute obligation rule) eximiendo a las partes de lo obligado por situaciones externas al actuar de estas. Disponible en: "http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1863/J1.html".

Por esta razón, los doctrinarios[19] centraron su atención en determinar características básicas del *evento frustrante,* a saber:

1. Debe ser un evento externo y ajeno a las partes.
2. Debe implicar un cambio radical y extremo de las circunstancias tenidas en cuenta al momento de acordar la obligación, y este hecho debe tener un efecto real y grave en el cumplimiento.
3. El evento no debe ser consecuencia de un acto, decisión u omisión que pueda ser atribuida al deudor.
4. No debe existir culpa por parte del incumplidor -siguiendo en parte al *civil law*- si bien es necesaria la falta de culpa, su sola existencia no es suficiente para que exista *frustración contractual.*

Una de las diferencias entre la excusa de *fuerza mayor* y la *frustración* radica en el efecto que produce cada una de ellas. Mientras que la eximición de la *force majeure* puede ser parcial o temporal, ya que sólo se aplica para dicho período y en la medida en que exista el *impedimento*. Por el contrario el efecto de la *frustración* es necesariamente "matar el contrato y eximir a las partes de una responsabilidad adicional en virtud del mismo".

Sin embargo, según el derecho inglés, también se acepta que la ocurrencia de alguna circunstancia nueva puede excusar -temporal o parcialmente- la ejecución de una obligación contractual particular sin frustrar todo el contrato. El acreedor no podrá reclamar daños y perjuicios con respecto a la porción que resulta imposible, aunque podrá hacer valer el resto. Si el incumplimiento le priva de lo esencial en el pacto, puede el acreedor rescindir el contrato. Por lo tanto, el resultado parece ser similar a los efectos jurídicos de la eximición por *force majeure*.

Por otro lado, en los Estado Unidos de América configuraron la "*discharge by Supervening Impracticability*" o "*descarga o eximición por impracticabilidad sobreviniente*" estableciendo que cuando después de celebrado el contrato el cumplimiento del mismo por una de las partes se vuelve *impracticable* sin culpa suya y por la ocurrencia de un evento previsto anteriormente en el contrato como eximente,

[19] TREITEL, Guenter. "The Law of Contracts", Chap.7. Frustration and Force Majeure. Sweet & Maxwell p. 466. 824 ss. (texto en inglés).

la parte deudora se encuentra descargada o eximida del cumplimiento.

Tanto en doctrina[20] como en la jurisprudencia estadounidense se han identificado los siguientes cuatro requisitos que prueban la *impracticabilidad*:

1. El evento o suceso debe hacer que el cumplimiento fuera *impracticable*;
2. La no ocurrencia del hecho debe haber sido "una suposición básica en la que se hizo el contrato", es decir si las partes no asumieron el riesgo de la ocurrencia del hecho y en consecuencia su responsabilidad;
3. La *impracticabilidad* debe haber acontecido sin la culpa de la parte que busca ser excusada, es decir del deudor;
4. La parte que pretende ser excusada no debe haber asumido una obligación mayor de la que impone la ley.

Por último, no reviste de mucha diferencia con la *force majeure* o *fuerza mayor* del derecho civil romanista, puesto que tanto la *imprevisibilidad, inevitabilidad y ajenidad* se hallan inmersos en la *impracticabilidad.* Así mismo la falta de culpa del deudor -requisito imprescindible para la configuración de la fuerza mayor- revierte de importancia al momento de determinar la *impracticabilidad* de una obligación. De más está de aclarar el amplio sentido del cuarto requisito, puesto que doctrinarios estadounidenses han considerado que una parte no puede asumir el riesgo inherente a una actividad del estado, *v.g.:* la concesión de un permiso del estado para cumplir el contrato[21].

## ► DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL REFERENTE A LA FORCE MAJEURE

Nuestro código civil no se ha abocado a definir propiamente dicho la *fuerza mayor* limitándose a determinar los efectos del *caso fortuito* en las obligaciones civiles. Tal disposición legal resulta también aplicable a los contratos puesto que no existe otro artículo que refiera específicamente a la *force majeure* en el derecho de contratos.

[20] FARNSWORTH, E. Allan. "On Contracts". Wolters Klubers. 2003. pp. 605/606 (texto en inglés).
[21] Ob. cit. (19) p. 614.

### ► EFECTOS DE LA FUERZA MAYOR EN LAS OBLIGACIONES CIVILES

El Art. 426 del C.C.[22] establece la eximición del deudor de responder por daños e intereses sin embargo no determina la virtualidad que tiene la *fuerza mayor o caso fortuito* de excusar al deudor del cumplimiento contractual. Por otro lado, permite a las partes convenir si alguna de ellas se hará cargo del riesgo de la actividad y por consiguiente si el deudor deberá responder a pesar de acaecerle un evento de *fuerza mayor*.

Siguiendo el sistema civil romanista nuestro código exige la falta de culpa por parte del deudor en el suceso fortuito para que se exima de responsabilidad. Por el contrario si la *fuerza mayor* hubiera sido causada por una acción, omisión o decisión del *incumplidor* este será responsable ante la otra parte o acreedor.

Finalmente el mentado precepto dispone que si el incumplidor ya se hallaba en mora y ulteriormente ocurría un evento fortuito, de todas formas el deudor responde por la inejecución de la prestación. Diferente sería la situación si a raíz de la fuerza mayor la parte se encontró imposibilitada de cumplir, en ese caso si sería causal de eximición.

Seguidamente estudiaremos brevemente las disposiciones legales contenidas en nuestro código civil que hacen referencia a la *fuerza mayor* o *caso fortuito*. Nuestro código utiliza ambos preceptos indistintamente por ello es coherente adscribirnos a la postura argentina de considerarlos como sinónimos.

### ► EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Las obligaciones civiles se encuentran divididas en *contractuales* y *extracontractuales*, consecuentemente la responsabilidad por el incumplimiento o por el hecho ilícito respectivamente se hallan determinados en nuestro ordenamiento. La *fuerza mayor o caso fortuito* en las relaciones contractuales tiene una arista amplia y que será debatido en el presente trabajo. De forma muy similar, en nuestro código nos encontramos con la *responsabilidad objetiva* que

[22] Art. 426 del C.C.P.: "El deudor no será responsable de los daños e intereses que originan al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiere tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o ya hubiere incurrido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor".

tiene raigambre contractual.

En ese sentido en la *responsabilidad por hecho ajeno* se dispone que en los casos de ilícitos o hechos dañosos cometidos por una persona que actúa bajo dependencia o con la autorización de otro, se impone la carga de responder a este último, es decir el mandante. Sin embargo, este principal puede eximirse de responsabilidad cuando el daño es causado por culpa exclusiva de la víctima o por un evento de *fuerza mayor*, que es el que nos convoca[23].

A fin de que el principal logre excusarse de la responsabilidad de responder de los actos de su dependiente, la *fuerza mayor* debe en principio reunir los supuestos de *imprevisibilidad, ajenidad e inevitabilidad.* La difícil tarea del juzgador radica en determinar si el daño fue consecuencia de un suceso que ni el dependiente, el mandante y la víctima pudieron prever ni esperar. Para lo cual, sería sano remitirse a la abundante doctrina y jurisprudencia internacional -examinada más abajo- que determina ciertos criterios para los diversos eventos de *force majeure*, si bien en un plano *contractual* ello no es impedimento para trasladarlo a la *responsabilidad objetiva.*

### ► EN LOS CONTRATOS

Como ya habíamos señalado en los casos en que la prestación se torne inviable o imposible en que en el *derecho civil romanista*, en el caso de Francia estamos hablando de *force majeure* y en la legislación alemana de *unmöglichkeit.* Por el contrario, en el derecho anglosajón, tenemos la *frustration* específicamente en Reino Unido y en los Estados Unidos hablamos de *Impracticability.*

Por este lado, en nuestro Código Civil contamos con disposiciones que refieren más bien a la *imposibilidad de la prestación* que a la *force majeure* como figura de eximición de responsabilidad.

Así el Art. 721 del C.C.[24] edifica la base de la *imposibilidad del cumplimiento* de un contrato bilateral cuando la prestación se transforma en *imposible sin culpa* alguna de las partes. La solución de

[23] Art. 1842 del C.C.P.: "El que cometiere un acto ilícito actuando bajo la dependencia o con autorización de otro, compromete también la responsabilidad de éste. El principal quedará exento de responsabilidad si prueba que el daño se produjo por culpa de la víctima o por caso fortuito".

[24] Art. 721 del C.C.P.: "Si por un hecho posterior a la celebración del contrato bilateral, y sin culpa de ninguna de las partes, la prestación se hiciere imposible, las obligaciones recíprocas de ambos contratantes quedan sin efecto. Si la contraprestación hubiere sido efectuada en todo o en parte, se la restituirá según las reglas generales de este Código".

nuestro ordenamiento es que el *incumplimiento es excusable* y por ello las obligaciones recíprocas quedan inexistentes y sin el efecto que las partes tuvieron en mente darle al celebrar el contracto y consecuentemente si las contraprestaciones se ejecutaron, las partes tanto el acreedor como el *imposibilitado* deberán restituirse lo efectuado.

En una concordancia sistemática, el Art. 628 del C.C.[25] determina dos situaciones bien claras; una en la cual tiene el efecto de extinguir la obligación en el que para ello el *impedimento* debe ser total, *sin culpa del deudor* y ser la causante de su mora. El otro escenario referente al *impedimento temporal* permite al *incumplidor* la dispensación de su responsabilidad mientras dure el suceso impeditivo, debiendo el deudor cumplir con el contrato inmediatamente una vez superada la imposibilidad.

Finalmente, se salvaguarda el interés que las partes tuvieron al celebrar el contrato, puesto que si el *impedimento* imposibilita totalmente el cumplimiento de la obligación atendiendo la naturaleza y el objeto del acuerdo, y si el acreedor pierde interés, la relación contractual queda extinguida absolviendo la responsabilidad de ambos.

No obstante si analizamos metódicamente los preceptos contenidos en la Ley podemos puntualizar los requisitos exigibles por el código[26] para que un evento o hecho pueda ser considerado como causal de *incumplimiento excusable,* cuales son;

1. *Hecho posterior a la celebración del contrato:* conforme lo establece el Art. 357 del C.C.[27], si el objeto de la obligación radica sobre algo imposible, el acto jurídico es nulo, es decir no cabría un *incumplimiento excusable* ya que el contrato acarrearía su nulidad.
2. *Hecho anterior a la mora*: tal como lo establece el Art. 628 del C.C., si el evento sucede una vez entrada la mora del incum-

[25] Art. 628 del C.C.P.: "La obligación se extingue cuando por una causa física o jurídica no imputable al deudor, anterior a su constitución en mora, se hace imposible la prestación que constituye el objeto de ella. Si la imposibilidad es solo temporal, el deudor, en tanto ella exista no es responsable del retardo de su cumplimiento. No obstante, la obligación se extingue si la imposibilidad perdura hasta que, en relación al título o a la naturaleza de su objeto, el deudor no puede ser considerado obligado a ejecutar la prestación o el acreedor no tenga ya interés en conseguirla".

[26] Puntos desarrollados en la obra de MORENO RODRIGUEZ, José Antonio. "Curso de Contratos". 1era. Edición. Editorial Intercontinental. Asunción - Paraguay. 2015. p.329/330.

[27] Art. 357 del C.C.P.: "Es nulo el acto jurídico: b) si el acto o su objeto fueren ilícitos o imposibles;..."

plidor este no puede valerse de ese hecho insuperable para eximirse de responsabilidad pues ya incurrió en *incumplimiento culposo.*

3. *Hecho imprevisible y fuera del control de las partes:* remitiéndose los efectos del *caso fortuito* del Art. 426 del C.C. en el acápite de las obligaciones civiles se puede inferir que el suceso *imprevisible* no debe haberse asumido por la parte en el contrato. Es decir si las partes consideraron en el contrato que un evento o diversos eventos por más *imprevisibles* que sean se encuentran inmersos en la esfera de control de las partes y consecuentemente asumieron la obligación de cumplir el acuerdo a pesar de su ocurrencia, el deudor -en principio- no puede invocarlos como causales de eximición.
4. *La consecuencia del hecho no debe haberse transmitido a la otra parte:* Los suceso de *caso fortuito* frecuentemente conllevan riesgos, y la ocurrencia de ellos despliega un sin número de perjuicios por la *imposibilidad del cumplimiento.* Sin embargo, en ciertos contratos esos riesgos se pueden atribuir o transmitir exclusivamente a una de las partes. Es la situación de los contratos de *compraventa,* ya que el Art. 761 del C.C.[28] prevé -salvo pacto contrario- la transmisión al comprador de los riesgos inherentes a la cosa vendida.

## ► LA FORCE MAJEURE EN LA CONVENCIÓN DE VIENA Y LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

Como aducimos al principio, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa internacional de Mercaderías de 1980 celebrada en Viena, Austria (CNUCCIM o *Convención de Viena*) establecieron disposiciones obligatorias para los contratos de *compra-venta internacional* de mercaderías, siempre y cuando los estados contratantes hayan suscripto el tratado y debidamente incorporado a su ordenamiento, recordando que Paraguay lo ratificó por Ley en el congreso nacional en el año 2005.

A diferencia de la *Convención de Viena* -que tiene carácter obli-

[28] Art. 761 del C.C.P.: "Los provechos y los riesgos de la cosa pasan al comprador desde la conclusión del contrato, salvo los casos en que la adquisición del derecho no se produzca por efectos exclusivos de la convención..."

gatorio para los Estados suscriptores- los *Principios UNIDROIT* son elementos que permiten persuadir a los juzgadores, y en realidad son instrumentos de derecho internacional mayoritariamente aceptados por la comunidad jurídica pero que carecen de carácter vinculante, a no ser que las partes remitan su contrato a ellas.

Abocándonos al tema en cuestión, haremos un cuadro comparativo con las disposiciones de ambos instrumentos en relación a la *fuerza mayor o force majeure*[29].

| Art. 79 de la CNUCCM | Art. 7.1.7 de los Principios UNIDROIT (Versión 2010) |
|---|---|
| 1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias. | (1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias. |
| 2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte solo quedará exonerada de responsabilidad:<br>a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y<br>b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo. | (No se prevé el incumplimiento excusado de un tercero) |

[29] Análisis en base al "Compendio de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías". Edición digital del 2012. y a "Comentarios Oficiales de los Principios UNIDROIT" Versión 2010.

| | |
|---|---|
| 3) La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento. | (2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato. |

► ANÁLISIS DEL PRIMER PÁRRAFO

El primer párrafo en similares términos tanto la *Convención de Viena* como los *Principios UNIDROIT* establecen entonces las situaciones en las que una parte *"no será responsable"* o *"El incumplimiento de una parte se excusa"* por la *inejecución del contrato*. Ello ocurre cuando prueban que su inejecución fue causado por un *impedimento ajeno a su voluntad* -es decir ajeno a la esfera del control de deudor atendiendo la naturaleza del contrato-, *imprevisto* -conforme a los términos en que se celebró el contrato- *e inevitable* -cuando la parte deudora hubiese intentado superar el *impedimento* pero le resultó *razonablemente inviable* o no logró superarlo-, reunido tales requisitos la *Convención de Viena* y los *Principios UNIDROIT* al unísono estiman que existe *exoneración de responsabilidad*.

► ANÁLISIS DEL SEGUNDO PÁRRAFO

*Convención de Viena:* Un elemento clave al respecto es el significado de la frase *"un tercero al que ("al que" se refiere a la parte que exige la exoneración) haya encargado la ejecución total o parcial del contrato"*. En varios casos se ha planteado la cuestión de si esa frase comprende a un *proveedor* al que el vendedor ha recurrido para obtener o producir las mercaderías, de modo que el vendedor que reclama la exoneración por el incumplimiento de dicho proveedor tendría que ajustarse al párrafo 1) del Art. 79. Es decir, un Tribunal francés entendió que el impedimento del tercero debe serle *inevitable, ajeno a su control e imprevisible* para que se pueda eximirle de responsabilidad a la parte que le encargó la ejecución[30].

[30] Tribunal de commerce de Besançon, Francia, 19 de enero de 1998, Unilex.

► ANÁLISIS DEL TERCER PÁRRAFO DE LA CONVENCIÓN Y EL SEGUNDO PÁRRAFO DE LOS PRINCIPIOS

Ambos instrumentos prevén que la parte que invoque la *force majeure* o *fuerza mayor* solo puede eximirse del cumplimiento por el tiempo que dure el *impedimento.* Los *Principios UNIDROIT*, incorporó la palabra "*razonable*", con la finalidad de racionalizar las eximentes y de evitar romper los lazos contractuales.

► ANÁLISIS DEL CUARTO PÁRRAFO DE LA CONVENCIÓN Y EL TERCERO DE LOS PRINCIPIOS

Los parágrafos en estudio han tornado una amplia discusión en la utilización de los dos instrumentos en diversos casos. Inclusive ciertos Tribunales han condenado a la parte *incumplidora* a indemnizar a la otra por su incumplimiento por no mediar la *notificación* correspondiente, a pesar de que el *impedimento* sea válido e inclusive sin importar la relevancia internacional del suceso, puesto que en principio las partes se deben reciprocidad[31].

► ANÁLISIS DEL QUINTO PÁRRAFO DE LA CONVENCIÓN Y EL CUARTO DE LOS PRINCIPIOS

Nótese desde luego la diferencia con nuestra legislación, ya que el Código Civil dispone la exoneración de cualquier responsabilidad de daños cuando el incumplimiento se deba a una *fuerza mayor* o *caso fortuito.* Por el contrario, la *Convención de Viena* y los *Principios UNIDROIT* en sentido concordante prevén que si la parte en expectativa del cumplimiento quisiere reclamar daños y perjuicios, tendrá derecho a hacerlo.

► DEL IMPEDIMENTO

Ampliando el meollo de lo que es un impedimento en un laudo de un Tribunal arbitral alemán se entendió que un *impedimento* ha de ser *"un riesgo irresistible o un evento absolutamente excepcional, como la fuerza mayor, la imposibilidad económica o la carga excesivamente onerosa"*[32].

Existen en realidad un sin número de circunstancias exonerato-

[31] ICC Award No. 4237, YCA 1985, at 52 et seq. Disponible en: https://www.trans-lex.org/204237.
[32] Tribunal de Arbitraje Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, Alemania, 21/03/96 y 21/06/1996.

rias que podrían acontecer en las relaciones contractuales. Pero a fin de precautelar ciertas variantes se consideraron determinados eventos típicos y muy recurrentes como *impedimentos* generalmente aceptados como sucesos que se encuentran más allá de la típica *esfera de control del deudor*. Estos acontecimientos también son bien conocidos debido a la inclusión en diversas cláusulas contractuales de *force majeure* o *fuerza mayor* de uso frecuente. Cuales ilustramos a continuación:

1. Catástrofes naturales o desastres que perjudiquen el cumplimiento del contrato como las inundaciones, terremotos, tormentas eléctricas y los daños causados por relámpagos, incendios, sequías, epidemias;
2. Desastres industriales o catástrofes provocadas por los actos del hombre, como lo ocurrido en la catástrofe nuclear de *Chernobyl*;
3. Guerra, disturbios, actos terroristas, robos, incendios, explosiones o destrucción de máquinas por terceros (actos ruinosos);
4. Disturbios laborales o Huelgas generales, interrupción prolongada del transporte o de la electricidad;
5. Intervención estatal como embargo, boicot, restricciones de importación/exportación, y restricciones de cambio de divisas.

## ► FUERA LA ESFERA DE CONTROL DEL INCUMPLIDOR E IMPREVISIBILIDAD

Para que el evento de *force majeure* tenga el efecto de eximir de responsabilidad a una parte, debe necesariamente encontrarse fuera del control de la misma. Sin embargo, las partes pueden en el acuerdo determinar que riesgos son asumidos por ellos y cuales se encuentran fuera de la esfera de control de los mismos.

En esos casos la *imprevisibilidad* de un evento de *force majeure* puede entrar en controversia con las *cláusulas de asunción del riesgo*. Puede también suceder que las parten no incluyeron una *asignación de riesgo explícita o implícita* y cuáles serían los impedimento que se encuentren catalogados como más *allá de la esfera típica de*

*riesgo y control del deudor.*

A fin de pacificar los criterios sobre la *imprevisibilidad* se entendió generalmente que sólo los impedimentos *«externos»* sobre los cuales el deudor no tiene influencia o control, pueden excusar al mismo. Por tanto, los impedimentos *"internos"* que se *derivan de los acontecimientos relacionados con el proceso de producción concerniente* con la preparación, la organización y la aplicación ordinaria de las medidas necesarias para efectuar la ejecución de la prestación pertenecen a la esfera de control del deudor[33].

Las partes tienen el deber de organizar su negocio de manera ordenada, ello se encuentra dentro del *control del deudor*. Esto es así, porque en las relaciones comerciales habitualmente se puede esperar que cada parte organice su empresa para evitar o superar eventos que puedan perturbar la función ordinaria de la empresa, independientemente de si tales eventos son específicamente imprevisibles o si el evento ocurre sin la culpa del deudor o de su personal.

Las vacaciones normales, las vacantes, las enfermedades o las muertes de empleados no tienen la virtualidad de exonerar a la parte. Corresponde pues al deudor encontrar sustitutos por adelantado. Sin embargo, el *incumplidor* puede ser excusado del cumplimiento si las enfermedades, muertes o vacantes de los empleados son causadas por eventos externos extraordinarios como en el caso de una epidemia que afecta a todos o una gran mayoría de los trabajadores del deudor, o acontecimientos catastróficos.

Del mismo modo, constituye una causal de interrupción de la obligación del deudor, por ejemplo en los casos de un incendio provocado por terceros o por otra contingencia que provoque un desabastecimiento en el suministro de energía en la zona circundante del incumplidor. Otra situación distinta es la avería de una máquina, aún cuando sea impredecible, ello no puede ser un impedimento más allá del control del deudor, atendiendo a que este debe tomar los recaudos para evitar dichas circunstancias.

Por otro lado, una parte no puede basarse en *un caso de force majeure "auto-inducido"*. Es decir, que el impedimento se produjo de-

[33] Basado en el texto del "Capítulo 4: Excusa de Fuerza Mayor, Sección 8: Requisitos Individuales de la Fuerza Mayor Excusa bajo los Principios Generales del Contrato, III. Impedimentos Más Allá de la Esfera Típica de Riesgo y Control del Deudor" de la Ob. cit. (9) de BRUNNER, Christoph. p. 167/190.

bido a su propia conducta o la conducta de sus dependientes. Por ejemplo, un acto de la autoridad pública que imposibilita el cumplimiento no está fuera del control del deudor si su emisión fue causada por la conducta del deudor.

En lo que respecta a las huelgas u otros conflictos laborales, hay que distinguir entre los conflictos laborales puramente internos que afectan únicamente a la empresa del deudor y los conflictos laborales generales que afectan a un determinado sector empresarial en su conjunto[34]. Los simples conflictos laborales internos forman parte del riesgo del deudor con respecto a su personal.

Por el contrario, los conflictos laborales generales que no son específicamente previsibles pueden excusar del cumplimiento al deudor. En este punto me parece relevante hacer hincapié debido a que en nuestro país suele ocurrir con gran frecuencia las huelgas generalizadas de los sindicatos, que de alguna manera podría repercutir en diversos contratos. Las consecuencias de tal conflicto -huelgas generales- normalmente no serán fácilmente superables e incluso previstas por las partes, podría caber incluso el ejemplo de un caso muy mencionado en el que las partes asumieron los riesgos por huelgas o disputas laborales.

En este caso, debe considerarse que el deudor ha asumido ese riesgo, y se puede aducir *prima facie* que el *incumplidor* no se encuentra excusado. Sin embargo, en la jurisprudencia estadounidense resolvieron que cuando la huelga general es totalmente imprevisible hasta casi nula de predecir al momento de celebrar el contrato y posteriormente ocurre tal conflicto muy inusual, entonces se torna viable exonerar al deudor a pesar de que este haya asumido el riesgo de dicho evento[35].

### ► INEVITABILIDAD O INSUPERABILIDAD

Las partes ante un impedimento se encuentran obligadas a actuar diligentemente de acuerdo a las circunstancias, especialmente organizando su negocio de manera ordenada para evitar o superar eventos que puedan perturbar el funcionamiento ordinario

[34] Schlechtriem, Peter. "Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods". 1986. Texto en inglés. Disponible en: "http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-79.html".

[35] Mishara Construction Co. v. Transit-Mixed Concrete Corp. Supreme Judicial Court of Massachusetts 310 N.E.2d 363 (1974).

de la empresa y sus servicios. Por lo tanto, el deber de evitar un impedimento puede considerarse, en general, como un aspecto particular y diferente a la exigencia de que el impedimento esté fuera del control del deudor.

Por ejemplo, en un caso estadounidense de 1946, en un banco controlado por japoneses podría haberse evitado los efectos de una regulación gubernamental si no hubieran omitido el hecho de solicitar al Secretario del Tesoro una licencia limitada que le hubiera permitido pagar a los depositantes bajo esa permisión exclusiva y así no entrar en mora con sus clientes[36]. Los efectos de la regulación gubernamental en este caso no eran *inevitables* o estaban más allá de la esfera de control del deudor. El deber de evitar un impedimento también está sujeto al criterio de razonabilidad.

En otro ejemplo, tenemos que el deudor debe tomar las precauciones proporcionales con el riesgo inmerso en la prestación. Supongamos los casos de la construcción de edificios en lugares donde existe gran movimiento telúrico. El constructor está obligado a utilizar técnicas especiales de construcción contra el riesgo de terremotos, y ellos son actos que permiten reducir los riesgos de la insuperabilidad[37].

El deber del deudor de superar el impedimento significa que el deudor está obligado a tomar medidas razonables para efectuar el cumplimiento del contrato por medios alternativos o encontrar un sustituto sugestivo siempre y cuando no le resulte excesivamente oneroso. En dicho caso el deudor está obligado a solicitar la renegociación del contrato con la otra parte a fin de hallar la vía correcta para lograr el efectivo cumplimiento.

Finalmente, el juzgador tendrá la difícil tarea de evaluar el supuesto o hipotético caso de si el deudor podía razonablemente prever o haber superado el impedimento o sus consecuencias. También deben tenerse en cuenta el grado de probabilidad de éxito que hubieran tenido las medidas en cuestión y su efecto para superar el impedimento o sus consecuencias, a mayor posibilidad de *superabilidad* se tendrá como inexcusable el incumplimiento y

[36] Kiyoichi Fujikawa v. Sunrise Soda Water Works Co., 158 F.2d 490 (9th Cir. 1946).

[37] LANDO, Ole & BEALE, Hugh. "The Principles of European Contract Law. Part I and II Combined and Revised." The Hague. 2000. p. 381.

por el contrario a menor probabilidad de *superabilidad* se apelará a excusar al deudor.

► TEMPORALIDAD

La parte incumplidora se encuentra excusado de cumplir el contrato mientras dure la imposibilidad, una vez superada el deudor debe tomar todas las diligencias necesarias para reanudar la ejecución de su obligación[38]. Recordando la teoría de la *frustration* ya estudiada tenemos que la solución es diferente puesto que su efecto es la de aniquilar la obligación y el contrato, por considerar imposible su cumplimiento.

Por el contrario, la *force majeure* tiene el efecto de exonerar de la ejecución del contrato a la parte que se encuentre impedida de ello y luego una vez extinguido el eximente, debe cumplir con la prestación.

► CONEXIDAD DE LA FORCE MAJEURE CON EL INCUMPLIMIENTO

Las opiniones en cuanto a la conexidad del impedimento con el incumplimiento han sido uniformes. Se considera como requisito más que fundamental el nexo causal entre el *impedimento* con el *incumplimiento* del deudor. Dicho de forma más clara, si el *incumplidor* ya se encontraba en mora y luego ocurre el suceso fortuito, el deudor no puede valerse de aquel a fin de exonerarse de responsabilidad.

► IMPEDIMENTO POR CULPA DE UN TERCERO DEPENDIENTE DEL IMPEDIDO

Advertimos que en este acápite nos referimos únicamente al supuesto contenido en el párrafo 2) del Art. 79 de la *Convención de Viena*.

En este supuesto la controversia versa sobre un *imprevisto* que se encuentra en la ejecución de una prestación encargada por una parte del contrato a un *tercero ajeno* al contrato de *compra-venta.* En ese orden de ideas la jurisprudencia internacional ilustra al respecto

[38] "Los efectos de la exoneración sobre el contrato son: Que la exoneración de responsabilidad dura el tiempo que subsiste el impedimento, lo que ciertamente supone un alejamiento del efecto clásico en los ordenamientos nacionales no uniformes: la terminación de la relación contractual. Que la exoneración dure únicamente el tiempo del impedimento, significa que una vez que deja de existir, la parte aquejada del incumplimiento ha de tomar todos los pasos necesarios para cumplir el contrato." Texto del artículo "El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980) de PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. Disponible en: "http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-79.html#vii12".

y surge de la misma ciertos *criterios* tenidos en cuenta para resolver los litigios con este supuesto.

En un caso muy particular el vendedor que incumplió el contrato a causa de daños causados en las mercaderías defectuosas entregadas al comprador no logró eximirse de responsabilidad. En su defensa el vendedor sostuvo que la contaminación química de las mercaderías entregadas al comprador no era resultado del procesamiento de las mercancías realizado por sí mismo, sino era un defecto del producto entregado por su proveedor, por ello invocó la exoneración de su responsabilidad por ser un hecho ajeno a su control. Sin embargo, el tribunal declaró que la fuente de la contaminación no tenía importancia para los fines del artículo 79, declarando improcedente la *causal de exoneración*[39].

Por último, en un análisis detallado de la cuestión, un tribunal declaró expresamente que un vendedor no puede invocar el *incumplimiento de su proveedor*, sea este excusado o no, como fundamento de una exoneración al amparo del Art. 79 de la *Convención de Viena*. El *"riesgo de adquisición"* se define como el riesgo de que el proveedor del vendedor -un tercero ajeno al contrato- no entregue oportunamente las mercaderías o entregue mercaderías no conformes. Tal eventualidad -según este Tribunal alemán- recae en el vendedor a menos de que las partes hayan pactado en el contrato un reparto diferente del riesgo[40].

## ► LA NOTIFICACIÓN DE LA FORCE MAJEURE A LA OTRA PARTE Y SUS CONSECUENCIAS

El objetivo de la notificación es informar al acreedor con prontitud sobre el impedimento para que este pueda tomar medidas y así evitar las consecuencias del incumplimiento o minimizar su pérdida. También es necesario para que el acreedor pueda ejercer cualquier derecho que pueda tener o para rescindir el contrato debido a un incumplimiento esencial o cuando la ejecución es parcial o tardía (por ejemplo, cuando el tiempo de ejecución es esencial para la efectividad de la prestación). El deber de notificación también surge cuando el deudor opta por realizar una sustitución co-

[39] Landgericht Ellwangen, Alemania, 21/08/1995, Unilex.
[40] Bundesgerichtshof, Alemania, 24/03/1999.

mercialmente razonable, o cuando el deudor recibe un beneficio sustitutivo como resultado del impedimento o sus consecuencias.

La cuestión de si la notificación se da dentro de un plazo razonable dependerá de las circunstancias, especialmente si el tiempo es fundamental para que el acreedor adopte medidas para evitar las consecuencias del incumplimiento o para minimizar su pérdida. En caso de no notificar a la otra parte dentro de un plazo razonable, la otra parte tiene derecho a indemnización por cualquier pérdida resultante del no recibo o recibo tardío de dicha notificación. Sin embargo, la falta de notificación no impide que el deudor invoque la excusa de fuerza mayor.

## ► CARGA DE LA PRUEBA - ¿CUÁLES SON LOS EVENTOS DE FORCE MAJEURE Y SUS EFECTOS?

En el Art. 79 de la *Convención de Viena* se estatuye: *"si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad..."* y en igual sentido el Art. 7.1.7 de los *Principios UNIDROIT* se dispone: *"una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control".*

Sin atisbo de duda se infiere que ambos instrumentos internacionales imponen al deudor o parte *incumplidora,* el deber de probar fehacientemente el evento fortuito con el cual desea eximirse de responsabilidad. Entonces podemos decir que si una parte pretende excusarse del cumplimiento por *force majeure* deberá aportar las pruebas que acrediten la *imprevisibilidad, ajenidad e inevitabilidad* del suceso, a fin de ampararse en las causales de exoneración.

Cabe señalar el trabajo realizado por la Cámara Internacional de Comercio (ICC)[41] que en sus órganos han emitido desde hace ya tiempo clausulas modelo que permiten a las empresas hacer referencia a las mismas con la finalidad de celebrar contratos más eficientes y con uniformidad internacional. En ese afán la *cláusula de force majeure 2003 de la ICC* presenta una lista detallada de impe-

[41] La Cámara de Comercio Internacional es una organización empresarial mundial y la única asociación representativa que habla con la voz que emana de las empresas de todos los sectores y de todos los países del mundo. La ICC fomenta la apertura del comercio y de la inversión internacionales, así como la economía de mercado. Agrupa a miles de empresas miembros, cámaras de comercio, asociaciones empresariales procedentes de más de 130 países.

dimentos externos típicos[42] que se encuentran comúnmente en las cláusulas de fuerza mayor de carácter privado. Estos eventos constituyen presunciones a favor del deudor que revierten la carga de la prueba, pero que pueden ser refutadas por pruebas en contrario.

La *Cláusula de fuerza mayor* de la *ICC* alivia así la carga de la prueba del deudor, únicamente cuando las partes hayan acordado su inclusión en el contrato. Esto le otorga a la parte que invoca la Cláusula una mejor posición probatoria cuando se fundamente en un evento contenido en el listado. Se presume que una parte que emplea la Cláusula a través de uno o más de los eventos del listado ya contiene reunidos los requisitos de *imprevisibilidad, ajenidad e insuperabilidad.*

## ► CONCLUSIÓN

Finalmente, al hacer una comparación con los instrumentos de derecho comercial internacional podríamos decir, que si bien nuestro código tiene buenos artículos referentes a los impedimentos contractuales. Resulta muy ilustrador recurrir a definiciones muy precisas como las contenidas en los *Principios UNIDROIT* o la *Convención de Viena*, y que llenan ciertos vacíos sobre las causales de exoneración de responsabilidad contractual.

En un buen atino los Tribunales nacionales ya tomaron la posta en resolver controversias contractuales utilizando dichos instrumentos de derecho uniforme contractual, que permite de una u otra forma cimentar las bases de un derecho globalizado.

En cuanto a la *force majeure,* se debe tener siempre muy presente los 3 requisitos fundamentales para su configuración, cuales son:

[42] "(3) A falta de prueba en contrario a menos que se acuerde otra cosa en el contrato entre las partes expresa o implícitamente, se presume que una parte que invoque esta Cláusula estableció las condiciones descritas en el párrafo 1 [a] y [b] de esta Cláusula en caso de que se produzca uno o más de los siguientes impedimentos:
a) La guerra (declarada o no), el conflicto armado o la amenaza grave de la misma (incluyendo pero no limitado a ataques hostiles, bloqueo, embargo militar), hostilidades, invasión, acto de un enemigo extranjero, amplia movilización militar;
b) Guerra civil, rebelión y revolución antidisturbios, poder militar o usurpado, insurrección, conmoción o desorden civil, violencia de la multitud, acto de desobediencia civil;
c) Acto de terrorismo, sabotaje o piratería;
d) Acto de autoridad legal o ilegal, cumplimiento de cualquier ley u orden gubernamental, regla, regulación o dirección, restricción de toque de queda, expropiación, adquisición obligatoria, confiscación de obras, requisición, nacionalización;
e) Tormenta, ciclón, tifón, huracán, tornado, ventisca, terremoto, actividad volcánica, deslizamiento de tierra, maremoto, tsunami, inundación, daño o destrucción por un rayo, la sequía ;
f) Explosión, incendio, destrucción de máquinas, equipos, fábricas y de cualquier tipo de instalación, interrupción prolongada del transporte, telecomunicaciones o corriente eléctrica;
g) Disturbios laborales generales tales como, pero no limitado a boicot, huelga y lock-out, ir lento, ocupación de fábricas y locales".

la *imprevisibilidad, ajenidad e insuperabilidad*, que no se encuentra en nuestro ordenamiento pero que sin lugar a dudas permite orientarnos para determinar los hechos que eventualmente permitirían eximir a una parte de la ejecución de su obligación.

Por último, se concluye que los *impedimentos* no son eximentes injustos sino lo contrario, ya que buscan precautelar a la parte diligente que inoportunamente no puede cumplir con su obligación debido a sucesos ajenos a su control y totalmente imprevistos. Esta circunstancia mantiene un orden y una igualdad entre las partes, y son situaciones si bien muy limitadas y especiales pero con mucha evocación en el ámbito jurídico.

PALABRAS CLAVE:
Fuerza Mayor, Caso Fortuito, Force Majeure, Impedimentos, Incumplimiento Contractual, Eventos Imprevisibles, Eventos Inevitables E Insuperables, Incumplimiento Excusado, Principios Unidroit, Convención De Viena.

KEYWORDS:
Force Major, Cas Fortuit, Force Majeure, Impediment, Non-Performance Of Contracts, Unforeseeable Event, Inevitable And Unsuitable Events, Excused Non-Performance, Unidroit Principles, Cisg.