

Cómo afrontar lo inesperado. La fuerza mayor en la contratación internacional: ¿principio o cláusula?

Dealing with the unexpected. Force majeure in international contracts: principle or clause?

MARCELA CASTRO RUIZ*

Resumen: La fuerza mayor es una eximente de responsabilidad de aceptación universal, en desarrollo del principio según el cual nadie está obligado a lo imposible. En los sistemas de derecho continental este concepto se ha consagrado generalmente a través de una enunciación legal que puede ser más o menos amplia, dejando a los jueces su valoración caso por caso. En el *common law*, el contrato termina y la parte incumplida se exonera de la obligación de pagar perjuicios cuando surge una circunstancia que frustra la finalidad perseguida por los contratantes o si la prestación es «comercialmente impracticable». La aplicación de la eximente «fuerza mayor» en este sistema proviene de cláusulas expresas en que las partes la consagran y regulan sus efectos jurídicos. En el presente escrito se examina la interacción de los dos sistemas, la cual ocurre de manera muy significativa en la contratación internacional.

Palabras clave: fuerza mayor – cláusulas de fuerza mayor – contratación internacional – responsabilidad civil

Abstract: Force majeure excludes civil liability and is accepted as a universal defense in accordance with the principle that nobody is bound to perform what is impossible. In the civil law systems force majeure is a concept provided for by statutory law, leaving its application to the courts in a case by case approach. In the common law system, the contract is terminated and the non-performing party is exempted from paying damages if there is an emerging event which frustrates the purpose of the contract or renders the same as commercially impracticable. The force majeure defense can be invoked only if there is an express contractual provision where the parties define which events are deemed as force majeure and agree upon its legal effects. This paper examines the interaction between the two systems, which happens most significantly in the international business transactions.

Key words: force majeure – force majeure clauses – international contracts – civil liability

* Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes (Colombia). Abogada de la misma universidad, Master en Derecho Comparado de la Universidad de Illinois. Docente de obligaciones, contratos, responsabilidad civil y derecho comercial en los programas de pregrado y posgrado. Autora de libros y artículos especializados en derecho privado. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. Ponencia presentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú en Lima, agosto de 2014. Correo electrónico: macastro@uniandes.edu.co

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. «FRUSTRATION OF PURPOSE» Y «COMMERCIAL IMPRACTICABILITY» EN EL COMMON LAW.– III. LA FUERZA MAYOR COMO CONCEPTO EN EL DERECHO CIVIL.– III.1. EL SISTEMA COLOMBIANO.– III.2. EL DERECHO PERUANO.– IV. LA FUERZA MAYOR EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL.– IV.1. JURISPRUDENCIA QUE APLICÓ EL ARTÍCULO 79 DE LA CISG.– IV.2. JURISPRUDENCIA QUE APLICÓ EL ARTÍCULO 7.1.7 DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT.– IV.3. OTROS FALLOS NACIONALES Y LAUDOS INTERNACIONALES.– V. LAS CLÁUSULAS DE FUERZA MAYOR.– V.1. EN QUÉ CONSISTEN LAS CLÁUSULAS DE FUERZA MAYOR.– V.2. CLÁUSULAS DE FUERZA MAYOR EN COLOMBIA.– V.3. CLÁUSULAS DE FUERZA MAYOR EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL.– VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El principio *pacta sunt servanda* se encuentra consagrado expresamente en muchos sistemas legales y se considera un pilar fundamental de la convivencia social y la seguridad jurídica en cuanto los ciudadanos confían en que se honre la palabra empeñada y se tutele su interés legítimo comprometido en un acto jurídico¹. Este carácter normativo implica que los contratos legalmente celebrados, como ley que son, deben ser cumplidos en forma estricta y su inobservancia genera efectos en derecho, lo cual permite al acreedor exigir su cumplimiento por medios coactivos o solicitar su resolución, con indemnización de perjuicios.

En este orden de ideas, el vínculo obligatorio solo se disuelve por la satisfacción de las prestaciones prometidas o por la ocurrencia de causales legales de extinción. Por otra parte, el deudor solo podrá excusarse de cumplir y de indemnizar los perjuicios resultantes cuando sobrevenga una circunstancia extraordinaria que haga imposible honrar aquello que se comprometió a dar, hacer o no hacer en beneficio de su acreedor. Solo ante hechos que sean imprevistos, irresistibles y ajenos al deudor puede este liberarse del vínculo obligatorio.

La fuerza mayor es una institución que normalmente se consagra como eximente de responsabilidad en las legislaciones de tradición continental como aplicación de la máxima según la cual «nadie está obligado a lo imposible»². Si bien las definiciones de fuerza mayor o caso fortuito —naciones que suelen equipararse en sus efectos liberatorios— son

1 Código Civil de Colombia (CCC), artículo 1602; Código Civil del Perú (CCP), artículo 1361; The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2010*. Roma, 2010, artículo 1.3 (en adelante citado como UNIDROIT *Principles 2010*).

2 Véase, al respecto GORDLEY, James. Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances. *The American Journal of Comparative Law*, 52 (2004), 513-530. El autor señala que, de acuerdo con los textos romanos relativos a la imposibilidad de la ejecución, una parte solo puede escapar de la responsabilidad si el cumplimiento está más allá del control de cualquier persona, no solo más allá del control del deudor en cuestión.

más afortunadas en unos sistemas que en otros, como regla general se califica estos fenómenos como eventos posteriores a la celebración del contrato, que se producen sin mediar culpa del deudor, que no podían ser razonablemente previstos al tiempo de la conclusión del negocio y cuyos efectos no era posible resistir.

En los países del *common law*, los contratantes se sujetan también al principio de la obligatoriedad de los contratos y están constreñidos a cumplir lo que libremente acordaron. Las partes quedan igualmente liberadas de sus obligaciones por el advenimiento de circunstancias imprevistas, pero estas reglas se han forjado mediante precedentes judiciales que desarrollaron los conceptos de «frustration of purpose» y «commercial impracticability» que no se identifican de manera precisa con la fuerza mayor y el caso fortuito, pero que permiten arribar a conclusiones aunque no idénticas, sí similares. En estos sistemas, la posibilidad de invocar la fuerza mayor proviene de un pacto expreso que se incorpora al contrato, en el que se adopta una definición de esta causal de exoneración y en el que normalmente se enumeran diversas circunstancias que las partes califican como tal para luego atribuirle efecto liberatorio.

En la contratación internacional, escenario en el que se encuentran empresarios de países con diversas culturas jurídicas, confluyen los dos sistemas descritos. Esto da lugar a unas prácticas contractuales muy interesantes que en muchas ocasiones combinan la tradición de derecho continental, a través del concepto abstracto de fuerza mayor, con las nociones de frustración e impracticabilidad comercial, además de las cláusulas de fuerza mayor, que cobran cada vez más relevancia en el comercio mundial.

En este escrito se examinará la fuerza mayor como un concepto y como una cláusula, ilustrando la problemática con casos que permiten comprender mejor la interacción de los sistemas de derecho civil y derecho anglosajón. La exposición se hará en dos partes. En la primera, con apoyo en distintas fuentes normativas y decisiones judiciales, se desarrollarán los conceptos de *frustration of purpose*, de *commercial impracticability* y de fuerza mayor. La segunda parte estará dedicada al estudio de las cláusulas de fuerza mayor en el sistema anglosajón y su acogida en los sistemas de derecho civil —particularmente el colombiano— para concluir respecto de su aplicabilidad y efectos en los negocios internacionales.

443

CÓMO AFRONTAR
LO INESPERADO.
LA FUERZA
MAYOR EN LA
CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL:
¿PRINCIPIO O
CLÁUSULA?

DEALING
WITH THE
UNEXPECTED.
FORCE
MAJEURE IN
INTERNATIONAL
CONTRACTS:
PRINCIPLE OR
CLAUSE?

II. «FRUSTRATION OF PURPOSE» Y «COMMERCIAL IMPRACTICABILITY» EN EL *COMMON LAW*

El término «fuerza mayor» es un concepto francés; no pertenece a las jurisdicciones del *common law*. El derecho inglés y el norteamericano reconocen de tiempo atrás una doctrina con efectos análogos: la frustración³.

La doctrina de la frustración del contrato se viene aplicando por la jurisprudencia inglesa a partir de un caso en el que una persona se comprometió a alquilar a otra un teatro que fue destruido por el fuego antes de la fecha en que debía realizarse la función para la que había sido contratado⁴. El juez encargado de resolver la controversia sostuvo que, en los contratos en los que el cumplimiento depende de que la existencia de una persona o de una cosa determinada continúe, hay una condición implícita de que la imposibilidad de ejecución derivada de que perezca la persona o la cosa, excusa el cumplimiento. Así, la frustración significa que el cumplimiento de un contrato se convierte en algo fundamentalmente distinto a lo que había sido anticipado por las partes.

Esta teoría, que se desarrolló en el *common law* como una eximente de responsabilidad, partía del supuesto del carácter extraño e imprevisto del evento que impedía satisfacer la obligación. Para flexibilizar las relaciones contractuales, este requisito estricto de imposibilidad absoluta ha evolucionado hacia la idea de la «impracticabilidad comercial», por la cual una obligación no puede subsistir si solo puede cumplirse a un costo excesivo e irrazonable⁵. El «test» de tres pasos empleado por las cortes para determinar si dicha impracticabilidad está presente, consiste en verificar: 1) si una contingencia o algo inesperado ha ocurrido; 2) si el riesgo de dicha ocurrencia no ha sido asignado a alguna de las partes por el acuerdo o por la costumbre; y 3) si la ocurrencia ha hecho que el cumplimiento sea comercialmente impracticable⁶.

La noción referida se consagró en el *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos, § 2-615 que gobierna las operaciones de venta. Según esta norma, ante la falta de entrega o la demora en la entrega —total o parcial— de los bienes vendidos, el vendedor no se considerará incumplido si la ejecución de la obligación, tal como fue pactada, se ha vuelto impracticable por la ocurrencia de una contingencia, cuya no ocurrencia era un supuesto básico sobre el cual se celebró el contrato.

3 KATSIVELA, Marel. Contracts: Force Majeure Concept or Force Majeure Clauses? *Uniform Law Review*, 12, 1 (2007), 101-119, p. 108.

4 Caso Taylor versus Caldwell de 1863.

5 El concepto de frustración podría englobar tanto la imposibilidad de ejecución, como el hardship o la excesiva onerosidad que sobreviniene, aunque no se identifican en estricto sentido.

6 Caso Transatlantic Financing Corp. versus United States. Citado por AMBROSE, Claire. Force majeure in international contracts. The English Law perspective. *Business Law International*, 4, 3 (2003), 234-240, p. 236.

El capítulo 11 del «Restatement (Second) of Contracts»⁷ de los Estados Unidos se refiere a estas dos instituciones como fenómenos distintos, en los siguientes términos:

§ 261. Discharge by Supervening Impracticability

Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.

§ 265. Discharge by Supervening Frustration

Where, after a contract is made, a party's principal purpose is substantially frustrated without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his remaining duties to render performance are discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.

No obstante el desarrollo de estas nociones que le son muy propias, los sistemas jurídicos del *common law* emplean el concepto francés de *force majeure* como una fuerza superior que puede tener el efecto de excusar el cumplimiento y terminar el contrato. Esta inclusión se ha efectuado a través de cláusulas especiales: las «force majeure clauses», donde las partes contemplan eventos anormales que obstaculizan el cumplimiento y señalan, a renglón seguido, los efectos de su acaecimiento. A falta de estas estipulaciones, deben aplicarse las teorías de la frustración y la *commercial impracticability*⁸. Las referidas cláusulas serán objeto de examen posterior.

III. LA FUERZA MAYOR COMO CONCEPTO EN EL DERECHO CIVIL

En los acápites siguientes se examinará la fuerza mayor como concepto relevante en Colombia y en el Perú, cuyos sistemas de responsabilidad civil la consagran como un eximente cuando el deudor deja de cumplir su prestación por el advenimiento de una circunstancia extraordinaria e imprevista. Si bien la forma como se define, reglamenta y aplica la fuerza mayor difiere en uno y otro país, se toma los dos ordenamientos como ejemplos paradigmáticos de estirpe continental, aunque cada una de esas legislaciones ha recibido influencias diversas en su derecho civil.

7 Publicado por el American Law Institute (1981), se emplea como una fuente de autoridad para la interpretación del derecho.

8 AMBROSE, Claire. Ob. cit., p. 234.

III.1. El sistema colombiano

En el régimen de la responsabilidad contractual colombiano —que sigue de cerca al francés y al chileno—, el deudor queda liberado de su obligación si demuestra que su cumplimiento se ha hecho imposible por un impedimento insuperable que emerge con posterioridad a la conclusión del contrato. El evento debe ser una causa extraña no imputable al incumplido, de manera que, si el acreedor sufre perjuicios, estos no deberán ser reparados por el deudor porque se ha producido ruptura del vínculo de causalidad que debe existir entre la conducta del obligado y el perjuicio.

La máxima de que nadie está obligado a lo imposible, de aceptación universal, atiende no solo a consideraciones de tipo técnico jurídico, sino a claras razones de equidad y de sentido común. El derecho como disciplina social no puede exigir prestaciones irrealizables ni patrocinar la reparación de daños cuando no hay nada reprochable en la conducta del deudor. No se puede exigir que una persona haga lo que es física o jurídicamente imposible y tampoco puede imponerse la obligación de resarcir perjuicios cuando el deudor ha dejado de honrar sus compromisos por causas que le son del todo ajenas y que no estaba en posición de prever, de evitar ni de soportar⁹.

La causa extraña y sus principales componentes, la fuerza mayor y el caso fortuito están consagrados en la ley civil como un modo de extinguir obligaciones y como eximentes de responsabilidad en los contratos¹⁰. Es una excusa que puede alegarse tratándose de todo tipo de obligaciones: de dar, hacer y no hacer, de medio y de resultado, sin que se requiera un pacto expreso sobre el particular¹¹.

El artículo 64 del Código Civil de Colombia (CCC) contiene una definición tradicional aunque incompleta de estos dos fenómenos que son distintos en su etimología pero idénticos en cuanto a sus efectos jurídicos liberatorios. Con arreglo a la disposición mencionada, fuerza mayor o caso fortuito es el imprevisto que no es posible resistir, seguida esta noción de algunos ejemplos a título ilustrativo¹². Para la jurisprudencia, «[e]l hecho extraño a la voluntad del obligado y que él no ha podido prever ni impedir, pero que lo coloca en la imposibilidad de cumplir sus

9 Véase: CASTRO, Marcela. La imposibilidad de la ejecución. En: Marcela Castro (coord.). *Derecho de las obligaciones*. Tomo 2, volumen 2, capítulo 35. Bogotá: Uniandes/Temis, 2010, pp. 487-516.

10 Entre otros, véase: CCC, artículos 1604, 1616, 1625 numeral 7, y 1729-1739.

11 Se exceptúan las obligaciones de género, donde el deudor se ha obligado a dar o entregar bienes que tienen sustitutos de la misma clase y calidad, incluido el dinero. Si el bien se ha destruido o perdido aun sin culpa del deudor, este debe pagar con otro bien del mismo género (CCC, artículos 1565-1567).

12 «Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etcétera» (CCC, artículo 64).

obligaciones»¹³. Estos hechos pueden provenir de la naturaleza, como los terremotos; de las autoridades, como la negativa a conceder permisos o licencias; pueden tener carácter político, como los golpes de Estado o provenir de terceras personas, como los actos terroristas.

Lo imprevisto es aquello cuya ocurrencia no es razonable esperar, por su carácter extraordinario o poco usual, requisito que debe juzgarse apreciando el tiempo en el que nació la obligación, pues es al momento de contratar cuando el deudor debe hacer una evaluación franca de los riesgos que en concreto puede enfrentar. «La imprevisibilidad se funda en que el mismo suceso no haya podido ser racionalmente previsto»¹⁴ y se considera imprevisto aquello que «dentro de los cálculos ordinarios o circunstancias normales de la vida, no haya sido posible al agente o deudor contemplar por anticipado su ocurrencia»¹⁵.

Por su parte, la irresistibilidad se refiere a la impotencia objetiva del deudor para evitar el fenómeno, que se torna insuperable y sus consecuencias no pueden conjurarse precisamente por su magnitud. Este elemento debe analizarse al momento del acaecimiento del hecho para determinar si efectivamente el deudor quedó «sojuzgado por el suceso así sobrevenido»¹⁶ y no se configura cuando la prestación se hace más onerosa, siendo aún posible, pero a un costo mucho más elevado del que fue calculado inicialmente por el deudor¹⁷.

A estos dos presupuestos legales se ha sumado el carácter ajeno de la fuerza mayor o caso fortuito, es decir, el hecho impeditivo debe ser extraño al deudor, estar fuera de su control y no haber sido generado por

447

CÓMO AFRONTAR
LO INESPERADO.
LA FUERZA
MAYOR EN LA
CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL:
¿PRINCIPIO O
CLÁUSULA?

DEALING
WITH THE
UNEXPECTED.
FORCE
MAJEURE IN
INTERNATIONAL
CONTRACTS:
PRINCIPLE OR
CLAUSE?

13 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil de Única Instancia. Sentencia del 9 de diciembre de 1936. *Gaceta Judicial*, 44, 1920, pp. 879-901.

14 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de diciembre de 1962. *Gaceta Judicial*, 100, 2261-2264, p. 269

15 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de septiembre de 1961. *Gaceta Judicial*, 97, 2246-2249, p. 64. «Para que exista el caso fortuito o la fuerza mayor es necesario que el acontecimiento sea imprevisible, es decir, que no haya podido preverse, no con la imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad y que no se pueda resistir» (Sentencia del 27 de setiembre de 1945. *Gaceta Judicial*, 59, 2022, 2023 y 2024, pp. 441ss.). Sobre los requisitos de la fuerza mayor, véase: ROMERO CRUZ, Diego Orlando. *Ad impossibilia nemo tenetur: tratamiento jurisprudencial de la irresistibilidad y la irresistibilidad de la fuerza mayor y el caso fortuito*. Trabajo de grado, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 2009, p. 32.

16 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de julio de 2005, expediente 50013103011-19986569-02.

17 La excesiva onerosidad sobrevenida no constituye fuerza mayor, sino un motivo para la revisión o terminación de los contratos de larga duración cuando hay un cambio fundamental en las circunstancias. En Colombia se denomina «teoría de la imprevisión» consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio como una manifestación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Esta institución es equiparable al *hardship*, prevista en varias legislaciones nacionales como la peruana (CCP, artículos 1440-1446), la argentina (Código Civil de Argentina, artículo 1198), la portuguesa (Código Civil de Portugal, artículo 437), la paraguaya (Código Civil de Paraguay, artículo 672) y la italiana (Código Civil de Italia, artículo 1467) y en instrumentos internacionales como los principios UNIDROIT (UNIDROIT *Principles 2010*, artículos 6.2.2 y 6.2.3.). Al respecto, véase: GUTIÉRREZ DE LARRAURI, Natalia. La alteración fundamental del equilibrio contractual: base conceptual de la figura del *hardship* en los Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales. *Revista de Derecho Privado*, 44 (2010) (http://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri72.pdf).

su culpa o por hechos de las personas por las cuales debe responder¹⁸. Tampoco es idóneo como causal de exoneración si el hecho sobreviene durante la mora del deudor. La carga de la prueba de la fuerza mayor corresponde al deudor, quien al plantear su defensa debe acreditar plenamente la ocurrencia del suceso-obstáculo y que este reúne las características anotadas¹⁹. Para la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana,

[...] el hecho constitutivo de [la fuerza mayor] debe ser, por un lado, ajeno a todo presagio, por lo menos en condiciones de normalidad, y del otro, imposible de evitar, de modo que el sujeto que lo soporta queda determinado por sus efectos.

No se trata entonces, per se, de cualquier hecho, por sorprendente o dificultoso que resulte, sino de uno que inexorablemente reúna los mencionados rasgos legales, los cuales, por supuesto, deben ser evaluados en cada caso en particular—in concreto—, pues en estas materias conviene proceder con relativo y cierto empirismo, de modo que la imprevisibilidad e irresistibilidad, in casu, ulteriormente se juzguen con miramiento en las circunstancias específicas en que se presentó el hecho a calificar, no así necesariamente a partir de un frío catálogo de eventos que, ex ante, pudiera ser elaborado en abstracto por el legislador o por los jueces, en orden a precisar qué hechos, irrefragablemente, pueden ser considerados como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito y cuáles no.

[...] conviene acotar —y de paso reiterar— que un hecho solo puede ser calificado como fuerza mayor o caso fortuito, es lo ordinario, si tiene su origen en una actividad exógena a la que despliega el agente a quien se imputa un daño, por lo que no puede considerarse como tal, en forma apodíctica, el acontecimiento que tiene su manantial en la conducta que aquel ejecuta o de la que es responsable²⁰.

En todo caso, la causa extraña que se alegue debe ser examinada por el juez en cada situación, considerando las circunstancias particulares de tiempo, modo y lugar para establecer si efectivamente el evento es imprevisto, irresistible e inimputable, sin que se pueda afirmar que un suceso en abstracto pueda calificarse automáticamente como de fuerza

18 Estas tres características son comunes en el concepto de fuerza mayor de los sistemas de derecho continental, que deben ser concurrentes: «[...] three elements need to be present for an event to qualify as force majeure: the harm causing event needs to be external, unforeseeable and irresistible» (KATSIVELA, Marel. Ob. cit., p. 103).

19 «La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega» (CCC, artículo 1604).

20 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de abril de 2005, expediente 0829-92. La Corte rechazó la excepción de fuerza mayor que se alegó en un caso de responsabilidad extracontractual por la demandada, una compañía de transporte comercial, de que una falla mecánica en los frenos del automotor constituía fuerza mayor, pues estas fallas son racionalmente previsibles, por lo cual debe realizarse el mantenimiento preventivo del vehículo.

mayor²¹. Además, los hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito deben impedir el cumplimiento de la obligación de manera absoluta, total y definitiva, sin perjuicio de que las partes estipulen que esta causal de exoneración podrá alegarse cuando el impedimento sea temporal, en cuyo caso la obligación quedará en suspenso hasta que el obstáculo termine o sea removido. Si la imposibilidad es parcial, el deudor debe estar en disposición de cumplir la parte del objeto que no haya resultado afectada por el suceso imprevisto²².

Tal como se evidencia en la jurisprudencia colombiana previamente citada, los tribunales se han pronunciado en múltiples oportunidades sobre la procedencia de la fuerza mayor o caso fortuito, con fundamento en la definición del artículo 64 del CCC, exigiendo en materia contractual que el hecho sobreviniente cumpla, de forma concurrente, los requisitos de ser imprevisto, irresistible y ajeno al deudor. En cada caso, el juez entra a valorar los hechos que deben haber sido alegados y probados por el deudor, para determinar si reúnen las condiciones para liberarlo de sus obligaciones.

A continuación se presentan, con carácter ejemplificativo, algunos pronunciamientos en los que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia consideró la excepción de causa extraña en la forma de fuerza mayor. Tradicionalmente, la posición de la Corte ha sido muy exigente frente a esta causal de exoneración. En particular, frente al requisito de la imprevisibilidad fijó un estándar muy estricto, el cual enunció así: «cuando un acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por mas súbito y arrollador de la voluntad que él parezca, no genera fuerza mayor»²³. Afortunadamente, esta posición, a mi juicio extrema, ha venido flexibilizándose para dar paso a un criterio de razonabilidad: no es fuerza mayor aquel riesgo que el deudor pudo y debió razonablemente anticipar —al momento de contratar— como de probable ocurrencia, comparado con una persona prudente en las mismas circunstancias.

Lo anterior se ilustrará con varias decisiones judiciales relativas al contrato de transporte donde han surgido episodios de piratería terrestre, es decir, el asalto de vehículos transportadores por carreteras y el hurto de la mercancía²⁴. Inicialmente, en el fallo del 10 de abril de 1978, la Corte, sostuvo que el ataque al conductor del camión transportador era

449

CÓMO AFRONTAR
LO INESPERADO.
LA FUERZA
MAYOR EN LA
CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL:
¿PRINCIPIO O
CLÁUSULA?

DEALING
WITH THE
UNEXPECTED.
FORCE
MAJEURE IN
INTERNATIONAL
CONTRACTS:
PRINCIPLE OR
CLAUSE?

21 CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. Causa extraña como eximente de responsabilidad. En: Marcela Castro (coord.). Ob. cit., tomo 2, volumen 1, capítulo 8, p. 359.

22 Véase: UNIDROIT *Principles 2010*, artículo 7.1.7.; Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, artículo 79; Principios de Derecho Europeo de los Contratos, artículo 8:108; FRANCO LEGUIZAMO, Camilo. Caleidoscopio de la fuerza mayor. Derecho comparado e internacional. *Revista e-Mercatoria*, 8, 1 (2009).

23 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 28 de abril 1951. *Gaceta Judicial*, 69, pp. 548-562.

24 Al respecto véase: ROMERO CRUZ, Diego Orlando. Ob. cit.

previsible y, en consecuencia, no configuraba fuerza mayor porque «es de dominio público la inseguridad que soporta Colombia en ciudades y campos y la acción en que están empeñados sus gobernantes para combatir esta calamidad, desgraciadamente con resultado hasta ahora negativo»²⁵.

En otro fallo, del 26 de enero de 1982²⁶, la Sala Civil decidió un caso similar, pero fue el mismo conductor del camión quien se apropió de forma ilícita tanto del automotor como de la mercancía encomendada. La compañía transportadora demandada propuso la excepción de fuerza mayor y caso fortuito, pues le era imposible conocer la verdadera identidad del conductor del camión, lo cual era imprevisible e irresistible.

Consideró la Corte improcedente la excepción propuesta puesto que

[...] es indudable que el hecho traído por la demandada como constitutivo de fuerza mayor era definitivamente previsible y resistible al haberle confiado el transporte de la mercancía recibida de la compañía remitente a una persona que no conocía y que conducía un vehículo afiliado a otra empresa, ha debido verificar cada uno de los datos presentados.

Posteriormente, en la sentencia del 6 de agosto de 1985, la Corte decidió el litigio suscitado por la pérdida por robo de unos bultos de café que se hallaban en poder de la transportadora. La Corte —reiterando que en las obligaciones de resultado pesa sobre el deudor la presunción de culpa— en sus consideraciones destacó la importancia del requisito de la inculpabilidad del deudor y señaló lo siguiente:

[...] para que el transportador pueda destruir la presunción de culpa que gravita en su contra y por consiguiente de la responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones, no le bastará demostrar que tal incumplimiento se debió a fuerza mayor. Requerirá además, la prueba de que aquella no se debió a culpa suya, lo cual resultaría de establecer que empleó la diligencia y cuidado debidos para hacer posible la ejecución de la obligación²⁷.

Concluyó que el robo de las mercancías no constituyó fuerza mayor por no ser un evento imprevisible ni irresistible para el transportador porque el conductor viajaba solo, lo cual no consideró una medida prudente.

25 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 10 de abril de 1978. *Gaceta Judicial*, 158, pp. 57- 66.

26 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de enero de 1982. *Gaceta Judicial*, 165, pp. 12-26.

27 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 6 de agosto 1985. *Gaceta Judicial*, 180, pp. 229-240.

Mediante otra sentencia, fechada el 29 de noviembre de 1989²⁸, la Corte resolvió el recurso de casación en el pleito originado por la pérdida de llantas y neumáticos que habían sido entregados al demandado (compañía de transporte). Para la Corte, la inseguridad en las carreteras hace que el asalto armado a los vehículos que transitan por aquellas es un hecho previsible, no obstante que la empresa tomó todas las precauciones que indicaba la prudencia. Se ha criticado esta posición pues:

[...] las consideraciones de la Corte permiten entender que el transportador se encuentra sujeto a un estándar de previsión absoluto, en virtud del cual está en la obligación de adoptar medidas extraordinarias para poder superar con éxito cualquier tipo de circunstancias inusitadas y súbitas, incluyendo un asalto armado con escasas posibilidades de ocurrencia²⁹.

Por último, es pertinente mencionar la sentencia del 19 de julio de 1996³⁰, que dirimió un diferendo contractual originado en la pérdida de herbicidas que una compañía de productos químicos había entregado a un transportador. Este fue atacado por hombres fuertemente armados, pertenecientes a un grupo guerrillero, mientras el vehículo se encontraba en un estacionamiento. En Casación, la Corte no se pronunció sobre la imprevisibilidad, quedando en firme lo decidido por el Tribunal de segunda instancia, que consideró que el hecho tenía un carácter irresistible e imprevisible puesto que las pruebas demuestran que «ninguna persona, colocada en las mismas circunstancias, podía prever el ataque guerrillero» puesto que «de otra manera, no se habrían concentrado en dicho lugar que para todos ofrecía garantía de seguridad». El Tribunal no solo consideró prudente la medida de dejar los vehículos al cuidado de unas personas confiables, sino que tuvo en cuenta «el grado de sorpresa de la incursión, el número de atacantes y la forma como operaron».

Se observa cómo el análisis de la fuerza mayor sigue siendo estricto, pero la jurisprudencia colombiana más reciente ha apreciado sus requisitos en forma más flexible, atendiendo a las particularidades del caso. En concreto, no se exige una imprevisibilidad absoluta —todo es de algún modo previsible— sino que se considera que, aun tratándose de profesionales, hay eventos extraordinarios que por sus características se convierten en verdaderos obstáculos para cumplir las obligaciones, no obstante las precauciones y las medidas diligentes que haya tomado el deudor.

28 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de noviembre 1989. *Gaceta Judicial*, 196, pp. 141-148.

29 ROMERO CRUZ, Diego Orlando. Ob. cit., p. 24.

30 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de julio de 1996, expediente 4469. *Gaceta Judicial*, 243, 2482, pp. 39-55.

451

CÓMO AFRONTAR
LO INESPERADO.
LA FUERZA
MAYOR EN LA
CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL:
¿PRINCIPIO O
CLÁUSULA?

DEALING
WITH THE
UNEXPECTED.
FORCE
MAJEURE IN
INTERNATIONAL
CONTRACTS:
PRINCIPLE OR
CLAUSE?

III.2. El derecho peruano

El Código Civil peruano (CCP) contiene una reglamentación más moderna y completa que la colombiana sobre fuerza mayor. Por un lado, la definición del fenómeno es más precisa: «Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso» (CCP, artículo 1315).

Varios artículos deben interpretarse armónicamente con la norma transcrita. El artículo 1314 establece que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Se consagra la debida diligencia como una eximente de responsabilidad de carácter subjetivo (que parecería adecuada para las denominadas obligaciones de medios, mas no para las de resultado). Por su parte, los artículos 1316 y 1317 (CCP), los cuales señalan el efecto extintivo de la fuerza mayor y otras normas, complementan el régimen de la imposibilidad con una teoría de los riesgos correspondiente a las obligaciones de dar (artículo 1138, numeral 5), hacer (artículo 1156) y no hacer (artículo 1160).

El doctrinante Felipe Osterling, frecuentemente citado por la jurisprudencia sobre el alcance del artículo 1315 del Código Civil peruano y sobre los requisitos de la fuerza mayor o caso fortuito, sostiene que es extraordinario el acontecimiento que sale de lo común, que no es usual. Asimismo, sostiene que la previsión debe considerarse al tiempo de contraerse la obligación, a diferencia de la resistibilidad, que se presenta al momento de cumplirla, pues si el acontecimiento fuera irresistible desde el momento en que se contrajo la obligación, el acto jurídico sería nulo porque tendría un objeto imposible. Añade que la previsibilidad no debe apreciarse en abstracto, porque, si así lo hiciéramos, prácticamente todo acontecimiento sería previsible y no existiría por tanto el caso fortuito o la fuerza mayor, de tal manera que la noción de imprevisibilidad se aprecia, pues, tomando en consideración todas las circunstancias de la obligación, la rareza, el carácter anormal del evento y las remotas posibilidades de realización. Así, las características de extraordinario, imprevisible o irresistible constituirían simples derroteros para el juez, pues su facultad de apreciación en esta materia es muy amplia y comprenderá el examen de todas las circunstancias del caso analizado³¹.

Por su parte, el tratadista Juan Espinoza Espinoza se pregunta: «¿Cómo entender el caso fortuito (o la fuerza mayor) como una causa imputable?

31 Citado por Casación 1520-98-CALLAO, 20 de mayo de 1999, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

¿Cómo conciliar esta confusión de criterios objetivos y subjetivos?». Luego de analizar las normas pertinentes, concluye el autor:

[...] *para el Código Civil, la causa no imputable puede ser subjetiva* (regulada en el art. 1314 c.c., en cuyo caso, basta acreditar la diligencia ordinaria) *u objetiva* (contemplada en el art. 1315 c.c., para cuyo efecto habrá que acreditar el caso fortuito —o la fuerza mayor—, el hecho de un tercero o del propio acreedor). En suma: para la confusa terminología del Código Civil, el caso fortuito (o la fuerza mayor) es una causa no imputable objetiva³².

Los siguientes fallos judiciales, entre otros, se han referido a la fuerza mayor liberatoria y sus requisitos como una causal de exoneración que puede esgrimir el deudor incumplido, quien, de salir triunfante, no será responsable de pagar perjuicios si demuestra que concurren las condiciones del artículo 1315 (CCP).

a. Casación 1520-98-CALLAO, 20 de mayo de 1999, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

Según la base fáctica, de acuerdo con las sentencias de mérito proferidas en el caso, quedó establecido «que la nave “Hawk” fue proporcionada en buen estado, que embarcó el cargamento de trigo a granel en el puerto de Vancouver, que en la travesía al Callao enfrentó un violento temporal a consecuencia del cual ingresó agua de mar a la bodega N° 1 por entre las tapas de las escotillas y ocasionó daños por mojadura a una parte de la carga de trigo».

En sus consideraciones, la Sala sostuvo que «El art. 1315 del C.C. de 1984, ha precisado la figura y define como caso fortuito o fuerza mayor a la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible o irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso [...]». Extraordinario es aquello fuera de lo común; imprevisible es aquello que no puede ser previsto en el orden normal de los sucesos y del pensamiento humano; e irresistible es aquello a lo que no se puede oponer, por ser superior a los recursos y posibilidades de contención. Citando al profesor Osterling, cuya opinión se reseñó anteriormente, la Corte analizó los elementos de la fuerza mayor y señaló que «la apreciación de las circunstancias que determinan las concurrencias de los 3 requisitos señalados, que deben darse copulativamente para que determinado evento sea calificado como caso fortuito, importa una cuestión de hecho, que debe establecerse como consecuencia del análisis de la prueba». Así, concluyó que «la cuestión de hecho establecida por las sentencias de mérito, en el sentido

453

CÓMO AFRONTAR
LO INESPERADO.
LA FUERZA
MAYOR EN LA
CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL:
¿PRINCIPIO O
CLÁUSULA?

DEALING
WITH THE
UNEXPECTED.
FORCE
MAJEURE IN
INTERNATIONAL
CONTRACTS:
PRINCIPLE OR
CLAUSE?

32 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Séptima edición. Lima: Rodhas, 2013, pp. 237-238.

de que la tormenta de mar fue extraordinaria, por sí sola no determina ni califica el caso fortuito o la fuerza mayor, porque es necesario además que se establezca que dicho fenómeno atmosférico fue imprevisible e irresistible [...]» y por ello descartó la inimputabilidad en la inejecución de la obligación por la excusa de una fuerza mayor o caso fortuito.

b. Casación 204-99 LIMA, 14 de julio de 1999, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

En la demanda introductoria se pretendía la indemnización por daños y perjuicios originados en un supuesto incumplimiento de contrato, puesto que el deudor no efectuó la inspección de unos vehículos para su entrada al Puerto del Callao. Se acusó ante la Corte la inaplicación indebida del artículo 1315 del Código Civil,

porque el demandado ni siquiera cumplió con efectuar la revisión de las nuevas unidades encontradas por lo que no puede tratarse de caso fortuito ni de fuerza mayor; por la interpretación errónea del Art. 1314 de dicho Código, porque en el caso de autos no solo existió culpa sino también dolo por parte del demandado, puesto que de haber actuado con la diligencia ordinaria requerida hubiese efectuado la inspección de las nueve unidades encontradas y se estaría ante la figura de un cumplimiento parcial y no ante un incumplimiento total.

Consideró la Sala que «antes de la vigencia del Decreto de Urgencia N° 005-96, que rigió a partir del 23 de enero de 1996, las partes no podían suponer, ni conocer que se iba a promulgar dicho dispositivo legal, por lo que si no se hubiera expedido dicho Decreto no hubiere existido impedimento para la inspección y el ingreso al Puerto del Callao de los vehículos». Además afirmó que

lo que produjo el problema e impidió el ingreso al Puerto del Callao de los vehículos fue la promulgación del Decreto de Urgencia N° 005-96, que en su Art. 1° suspendió la importación de toda clase de vehículos usados de transporte terrestre, con la excepción contemplada en el Art. 2° de los que se encuentren en tránsito al Perú antes de la vigencia de dicho dispositivo la que debía ser acreditada con el conocimiento de embarque limpio a bordo, de aquellos que se encuentran en el territorio nacional, las importaciones que realicen los miembros del servicio diplomático y las donaciones que reciba o las importaciones que efectúe el sector público.

De acuerdo con los fallos inferiores quedó acreditado que los vehículos usados de la demandante no se encontraban en tránsito al Perú, ni tenían la calidad de limpio a bordo. Con estos elementos, los magistrados pasaron a examinar las causales alegadas en casación, es decir, si hubo aplicación indebida del artículo 1315 e interpretación errónea del

artículo 1314 del Código Civil. Sobre la base de la definición prevista por el artículo 1315 (CCP), la Sala concluyó que

la promulgación del Decreto de Urgencia N° 005-96, constituye un hecho extraordinario, porque lo ordinario en el Perú es la libre importación de bienes; imprevisible porque nadie podía suponer la expedición de tal dispositivo e irresistible, porque era de obligatorio cumplimiento, con lo que se configura la fuerza mayor y que el Art. 1315 del Código Civil ha sido aplicado debidamente para el caso concreto.

Por lo tanto, debido a que existió causa de fuerza mayor, no puede haber dolo ni culpa, por lo que no hubo interpretación errónea del artículo 1314 del Código Civil.

*c. Resolución del 30.03.99 de la Sala Civil Especializada de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima*³³

Ante el deterioro de la mercancía transportada por causa de lluvias, la Sala precisó que el riesgo de que se presentaran fuertes lluvias, deslizamientos y derrumbes en la zona de la sierra del Perú en la época en que tuvo lugar la ejecución del contrato era un riesgo totalmente previsible y no constituyó un caso fortuito para el transportador. Para este resultaba indispensable poner el máximo cuidado en la protección de la mercadería transportada.

d. Casación 2438-2002 LORETO. Lima, 2 de diciembre de 2002. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

Una compañía de seguros acudió en casación contra la sentencia que revocó el fallo inferior que había declarado fundada la demanda sobre pago de una suma de dinero. La Sala aceptó, por estar probado, que existió fuerza mayor en el naufragio de la balsa Nika y, en cambio, no se acreditó la responsabilidad del capitán del remolcador ITAPEMERIN porque hubiese actuado con negligencia o culpa al momento del naufragio de la balsa. Sobre la causal eximente de responsabilidad y frente a la alegada aplicación indebida del artículo 1314 del Código Civil, señaló

que en primer lugar la doctrina más reciente ha superado la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, conceptualizado por Realmonte, incidiendo en que lo importante es que se trata de valoración de tipo objetivo, es decir extraña o ajena a la voluntad del deudor, refiriéndose a un evento que proviene generalmente del exterior de la persona del deudor; sea fuerza mayor o hecho fortuito con sus componentes de constituir un hecho extraordinario, imprevisible e irremediable, como ha sido el caso de un tronco o escollo sumergido como ha sido el caso

455

CÓMO AFRONTAR
LO INESPERADO.
LA FUERZA
MAYOR EN LA
CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL:
¿PRINCIPIO O
CLÁUSULA?

DEALING
WITH THE
UNEXPECTED.
FORCE
MAJEURE IN
INTERNATIONAL
CONTRACTS:
PRINCIPLE OR
CLAUSE?

33 Citada por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit., p. 240.

de autos [y que,] en ese sentido, dicha causa no imputable al deudor, sobreviene como un impedimento no superable con los medios que se desprenden de la obligación y la prueba liberatoria consiste en la demostración del exceso sobrevenido y no en la demostración de haber cumplido en la medida del esfuerzo o diligencia requerida según el contrato.

e. *Casación 3477-2002 CALLAO. Lima, 14 de junio de 2004. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República*

Pretendía la demandante el pago de perjuicios por el alegado incumplimiento de un contrato de depósito por parte de la demandada. Según el fallo de casación, el Tribunal inferior

[...] había determinado con suma claridad que en el caso de autos no existe fuerza mayor que exima de responsabilidad a la empresa Ransa Comercial Sociedad Anónima, pues no existió impedimento alguno por acto de terceros o atribuibles a la autoridad para que la citada codemandada pudiera cumplir a cabalidad con su obligación de depositaria respecto de la mercadería importada por la demandante (dos contenedores conteniendo ajos frescos), que asumió voluntariamente de conformidad con lo previsto por el artículo 1814 del Código Civil, pues el depósito es un contrato de prestación de servicios donde la prestación esencial constituye la custodia del bien entregado y su devolución cuando lo solicite el depositante; siendo responsable por los daños y pérdidas de las mercancías ingresadas a los recintos a su cargo, como lo establece el artículo 43, primer párrafo, del Decreto Legislativo 809 —Ley General de Aduanas—, no advirtiéndose que se encuentre incurso en ninguno de los casos de falta de responsabilidad previsto en los incisos a, b, c y d, de la norma citada. Mas aún, al aceptar la custodia de los contenedores en depósito sabía que la mercadería estaba constituida por un producto perecible como son los ajos frescos, importados de la República China, incumpliendo con su deber de cuidado al dejar que los bulbos de los ajos germinaran en un porcentaje de cuarenta punto seis por ciento como se aprecia del certificado de análisis expedido por Cerper que obra a fojas treintisiete [sic] de autos, lo que finalmente trajo como consecuencia que el producto deje de ser apto para el consumo humano.

Concluyó la Sala que

La alegación de la codemandada Ransa Comercial que no tenía espacio para el depósito, y que finalmente recibió el producto para el almacenaje provisional trasladando posteriormente los contenedores a otro depósito ubicado en la avenida Nestor Gambetta, ya que por la naturaleza del producto este debía ser almacenado aislado de cualquier otro producto que podría ser contaminado por la mercadería de la demandante, en modo alguno constituye un hecho extraordinario, pues lo ordinario es

que se tome precauciones para la conservación adecuada del producto que se encuentra en depósito, ya que para eso se contrata el servicio; tampoco es imprevisible, porque desde el momento en que se acordó el depósito, la codemandada pudo prever que los ajos frescos requerían de condiciones especiales para su conservación, pues los bulbos podían germinar —como en efecto sucedió— llegando a ser inaptos para el consumo humano; tampoco es irresistible, pues nada obstaculizaba que la depositaria cumpla su obligación de custodia adoptando el cuidado necesario para la conservación del bien que recibió voluntariamente en depósito, no obstante manifestar que no tenía espacio, mas aun, si se trataba de un producto perecible. Por lo tanto, de lo expuesto no se advierte en el caso de autos un supuesto de eximente de responsabilidad previsto en el artículo 1315 del Código Civil.

Se observa que en la mayoría de los casos reseñados, los jueces no aceptaron la defensa de fuerza mayor, aunque su aproximación es más flexible que la que han mostrado las cortes colombianas.

IV. LA FUERZA MAYOR EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

El surgimiento de un hecho extraordinario ajeno al deudor, cuya ocurrencia no era razonable prever anticipadamente y cuyas consecuencias fue imposible evitar o superar, ha sido consagrado en diversos instrumentos jurídicos que regulan los contratos internacionales como una excusa válida que excluye la responsabilidad por daños. Nos referimos específicamente a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG)³⁴ y los principios UNIDROIT atinentes a la contratación comercial internacional³⁵.

En cuanto a la Convención, el artículo 79 sobre esta causal de exoneración reza así:

- 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.
- 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

34 Suscrita en Viena en 1980, ratificada por 81 países, entre ellos Perú y Colombia.

35 Instrumento de *soft law*, en el cual se recogen los principios generalmente aceptados sobre contratos comerciales internacionales y se armonizan los sistemas de derecho continental y de *common law* (UNIDROIT *Principles* 2010).

457

CÓMO AFRONTAR
LO INESPERADO.
LA FUERZA
MAYOR EN LA
CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL:
¿PRINCIPIO O
CLÁUSULA?

DEALING
WITH THE
UNEXPECTED.
FORCE
MAJEURE IN
INTERNATIONAL
CONTRACTS:
PRINCIPLE OR
CLAUSE?

total o parcial del contrato, esa parte solo quedará exonerada de responsabilidad:

- a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y
- b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo.

3) La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.

4) La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.

5) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

Se destacan en el artículo 79 los elementos propios de la fuerza mayor como concepto, esto es, el carácter imprevisto del evento, su irresistibilidad y ser ajeno al deudor. Los hechos de personas a las que el deudor haya encargado la ejecución de las obligaciones no constituyen eximentes, salvo que aquellas se encuentren afectadas por circunstancias que reúnan los mismos requisitos. La prueba del hecho fortuito debe ser provista por el deudor y la excusa dura mientras el impedimento persista. Además, existe la obligación de notificar a la otra parte en un plazo razonable, so pena de indemnizar los perjuicios causados por esta omisión.

Por su parte, el artículo 7.1.7 de los Principios UNIDROIT señala lo siguiente:

(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) Cuando el impedimento es solo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será

responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.

(4) Nada de lo dispuesto en este artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido.

Se observan importantes similitudes entre las dos normas —CISG y UNIDROIT— respecto de las condiciones que debe reunir el hecho exculpativo. Mientras la primera se refiere a «hechos ajenos a la voluntad» del deudor, la segunda alude al «impedimento ajeno al control» de la parte que lo alega. Por otra parte, el artículo 7.1.7 de los principios UNIDROIT nada dice sobre el incumplimiento de empleados o contratistas. Estos y otros puntos pueden estipularse detalladamente por las partes en las cláusulas de fuerza mayor a las que nos referiremos posteriormente.

Para efectos ilustrativos, reseñaremos a continuación algunos casos resueltos bajo la CISG y los Principios UNIDROIT en los que los jueces han decidido si hay lugar o no a aceptar la fuerza mayor como una eximente en la responsabilidad contractual.

IV.1. Jurisprudencia que aplicó el artículo 79 de la CISG

*a. Laudo arbitral (demandante versus demandado —desconocidos—)*³⁶

Un comprador alemán celebró dos contratos separados pero idénticos con dos compañías de Hong Kong (vendedoras), relativos a bienes producidos en China. El comprador colocó varias órdenes de compra por cuenta de sus clientes; los precios y tiempos de entrega eran variables. El pago debía realizarse dentro de los 90 días siguientes a la entrega, pero en casos individuales el comprador pagaba por anticipado o contra entrega.

En el desarrollo de la relación comercial, el comprador ordenó 10000 unidades del producto de uno de los vendedores. Este pidió pago anticipado y más tarde informó que su proveedor chino estaba pasando por serias dificultades personales y financieras, negándose a entregar los bienes a menos que el comprador pagara todas las cuentas pendientes. El comprador se negó y el vendedor instauró una acción ante el tribunal arbitral. El comprador declaró terminado el contrato de venta y pidió el pago de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato.

Luego de considerar que era procedente la terminación del contrato invocada por el comprador porque el vendedor le exigió pago de las deudas

459

CÓMO AFRONTAR
LO INESPERADO.
LA FUERZA
MAYOR EN LA
CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL:
¿PRINCIPIO O
CLÁUSULA?

DEALING
WITH THE
UNEXPECTED.
FORCE
MAJEURE IN
INTERNATIONAL
CONTRACTS:
PRINCIPLE OR
CLAUSE?

³⁶ Schiedsgericht der Handelskammer, Hamburgo, Alemania, 21 de marzo de 1996 (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=195>)

pendientes de entregas anteriores, lo que no estaba en concordancia con lo pactado en el contrato, el tribunal estimó que también tenía derecho a los perjuicios, incluido el lucro cesante de contratos ya celebrados por el comprador, que eran pérdidas previsibles.

Por otro lado, el tribunal aplicó el artículo 79 del CISG y concluyó que, como regla general, las dificultades en la entrega atribuibles a problemas financieros del vendedor o de los proveedores de este no pueden considerarse un impedimento más allá del control del vendedor, pues pertenecen al ámbito del riesgo asumido por él.

*b. Sentencia (demandante versus demandado —desconocidos—)*³⁷

Un vendedor italiano entregó a un comprador suizo paredes móviles para ser instaladas en un helipuerto. La primera entrega correspondía a las paredes del taller del helipuerto, y la segunda era para las oficinas. El vendedor demandó al comprador por el pago de una parte del precio. El comprador se negó a pagar, alegando que tenía el derecho de compensar esa suma contra perjuicios por falta de conformidad, por cuanto las paredes de la segunda entrega no eran a prueba de sonido, como se pactó en el contrato. En primera instancia, la Corte concedió al vendedor el derecho al pago, porque las paredes sí eran a prueba de sonido, pero que no habían sido instaladas correctamente por un tercero, que no estaba actuando por el vendedor en la instalación de los bienes. El comprador apeló y el vendedor contrademandó alegando que una parte del precio estaba aún pendiente de pago.

La Corte observó que el vendedor sería responsable por incumplimiento si ello se debía a la falta de ejecución por una tercera persona a quien este encargó el cumplimiento, a menos que ambos, el vendedor y el tercero estuviesen exentos bajo el artículo 79 (1) CISG. Sin embargo, de acuerdo con la Corte, el comprador no había probado que dicho tercero instalador de las paredes estaba realmente actuando por el vendedor en cuanto a las labores de instalación. Por cuanto el comprador tenía la carga de demostrar este punto, el vendedor no podía ser declarado responsable por errores en la instalación.

Esta decisión causa cierta perplejidad al colocar la carga de la prueba sobre el comprador: lo sensato era que el contrato previera a cargo de quién estaban las labores de instalación. Si nada se había pactado al respecto, la Corte podía indagar si en el entendimiento de las partes la venta de los bienes incluía la instalación o si ello podía determinarse conforme a los usos y costumbres de la industria.

37 Tribunale d'Appello di Lugano, 29 de octubre de 2003 (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=986>).

*c. Vital Berry Marketing NV Dira-Frost NV*³⁸

Una compañía chilena (vendedor) celebró un contrato con un comprador belga para la entrega de frambuesas congeladas. El contrato establecía que el comprador debía pagar mediante carta de crédito. Ante la no apertura de la carta de crédito, el vendedor no embarcó los bienes. El mismo comprador pidió una prórroga en la entrega y solicitó a la compañía que había actuado como mediadora que negociara con el vendedor un precio menor, alegando una caída significativa en el precio del mercado mundial de los bienes comprados. Luego de varias comunicaciones entre las partes, el vendedor se negó a aceptar el precio menor, declaró la terminación del contrato, no aceptó la reducción del precio e inició una acción para el cobro de perjuicios.

El comprador alegó que el contrato había sido modificado por acuerdo de las partes, en lo relativo al precio, lo cual no fue de recibo por la Corte. Además, esta sostuvo que una caída significativa en el precio de mercado de los bienes vendidos, luego de la celebración del contrato, no constituye un caso de fuerza mayor que excuse al comprador por incumplimiento, bajo el artículo 79 CISG. Las fluctuaciones de precios son eventos previsibles en el comercio internacional y lejos de hacer el cumplimiento imposible, resultan en pérdidas económicas que se incluyen en el riesgo normal de las actividades comerciales.

*d. Laudo arbitral (demandante versus demandado —desconocidos—)*³⁹

Un vendedor alemán demandó a un comprador ruso por el incumplimiento de este al no pagar un equipo suministrado bajo un contrato celebrado entre ellos. El comprador reconoció que los bienes habían sido entregados, pero sostuvo que su falta de pago se debió a que el banco responsable de las operaciones del comprador en moneda extranjera no dio instrucciones para la transferencia del monto a pagar al vendedor por concepto de los bienes en cuestión. El banco no transfirió la cantidad de divisas al vendedor arguyendo que no había fondos suficientes en la cuenta del comprador, en moneda libremente convertible, para pagar los bienes. Sobre la base de lo anterior, el comprador pidió al tribunal declararlo libre de responsabilidad porque el hecho de no contar con recursos disponibles en moneda extranjera debía considerarse como fuerza mayor con el efecto de eximirlo de responsabilidad.

El tribunal no acogió esta defensa de fuerza mayor, puesto que el contrato celebrado entre las partes traía una lista exhaustiva de circunstancias exculpatorias de responsabilidad por el no cumplimiento

38 Rechtbank van Koophandel, Hasselt, 02 de mayo de 1995 (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=263>).

39 Tribunal de Arbitraje de Comercial Internacional de la Cámara de Comercio de la Federación Rusa, 17 de octubre de 1995 (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=216>).

461

CÓMO AFRONTAR
LO INESPERADO.
LA FUERZA
MAYOR EN LA
CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL:
¿PRINCIPIO O
CLÁUSULA?

DEALING
WITH THE
UNEXPECTED.
FORCE
MAJEURE IN
INTERNATIONAL
CONTRACTS:
PRINCIPLE OR
CLAUSE?

de sus obligaciones. La falta de recursos en moneda extranjera no fue incluida en la lista de fuerza mayor. En consecuencia, el tribunal falló en favor del demandante y ordenó al comprador pagar el valor de los bienes adquiridos. En esta decisión se observa la importancia de las cláusulas de fuerza mayor que los jueces aplican estrictamente, por lo cual los eventos no citados en ellas no se consideran eximentes de responsabilidad.

IV.2. Jurisprudencia que aplicó el artículo 7.1.7 de los principios UNIDROIT

*a. Forum Elektro versus Avtodiesel(YaMZ)*⁴⁰

Dos compañías rusas celebraron un contrato para la cesión y la liberación de obligaciones. Cuando una de las partes dejó de cumplir sus obligaciones, invocó una crisis financiera como excusa por su incumplimiento. La corte no aceptó que esta crisis constituía un caso de fuerza mayor porque no cumplía el criterio de «inevitabilidad». Como fundamento para su decisión, la corte se refirió al artículo 401(3) del Código Civil ruso y al artículo 7.1.7 de los Principios UNIDROIT.

*b. Upravleniye Kapitalnogo Stroitelstva (Institución Pública Municipal del Distrito Yuzhno-Sakhalinsk) versus OOO SahalinSpetsStroy*⁴¹

La demandante, una compañía estatal rusa, celebró un contrato con la demandada, otra compañía rusa, para el diseño de un trabajo de reparaciones de tubería, incluyendo el desarrollo de la documentación del proyecto. Luego, cuando el trabajo no se completó oportunamente, la demandante presentó su demanda exigiendo el pago de una cláusula penal por la mora, pactada en el contrato. La demandada alegó que no estaba obligada a pagar toda la multa por cuanto la demora fue causada en parte por un impedimento más allá de su control (*force majeure*).

La corte dio la razón a la demandante y rechazó los argumentos de la demandada de que no pudo cumplir sus obligaciones en forma oportuna por causa de condiciones climáticas adversas en el área de Sakhalin y que además el subcontratista demoró su cumplimiento. La Corte aplicó el artículo 401(3) del Código Civil de la Federación Rusa, que establece la responsabilidad por incumplimiento, salvo si prueba que el cumplimiento se hizo imposible por fuerza mayor, esto es, por circunstancias extraordinarias, que era imposible evitar bajo las condiciones dadas. A juicio de la corte, la falta de cumplimiento de los subcontratistas del deudor o la falta de disponibilidad de bienes necesarios para el cumplimiento, o la falta de fondos suficientes a

⁴⁰ Corte Federal Arbitral del Distrito Volgo-Vyatsky, 10 de diciembre de 2010 (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1606>).

⁴¹ Corte Comercial de la Región de Sakhalin, 02 de diciembre de 2013 (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1769>).

disposición no caen en esta categoría. La corte también citó el artículo 7.1.7 de los Principios UNIDROIT de 1994 y consideró que la eximente requiere que el impedimento sea extraordinario e inevitable bajo las circunstancias, tales como inundaciones, terremotos, nevadas y otros desastres naturales semejantes como guerra, epidemias, etcétera.

Así las cosas, la demandada pudo haber previsto las condiciones climáticas adversas en la región de Sakhalin y, por ello, no podía invocarlas como de fuerza mayor. La corte también decidió que la demora del subcontratista del deudor no cabía en la excepción de fuerza mayor.

*c. Laudo arbitral (demandante y demandado desconocidos)*⁴²

El demandado, un cultivador mejicano y el demandante, un distribuidor de los EE.UU., celebraron en 2004 un contrato de un año por el cual aquel se obligó a producir cantidades específicas de calabaza y cocombro y suministrarlos al demandante en forma exclusiva, al tiempo que el demandante debía distribuir los bienes en el mercado de California, a cambio de una comisión. El contrato se sometió a los principios UNIDROIT y contenía una cláusula arbitral.

El demandante presentó una acción ante el Centro de Arbitraje de México contra el demandado aduciendo que este había incumplido el contrato al no entregar los bienes objeto del acuerdo y por violar la cláusula de exclusividad. Solicitó la terminación del contrato y los perjuicios derivados de la falta de entrega, junto con la cláusula penal estipulada en caso de violación del pacto de exclusividad. El demandado arguyó que su falta de entrega se debió a la destrucción de las cosechas por una serie de tempestades e inundaciones extraordinariamente fuertes causadas por el fenómeno meteorológico conocido como «El Niño». Según la defensa, estos eventos constituyeron fuerza mayor y por ello, la responsabilidad de su parte quedaba excluida⁴³.

Sobre este argumento, el Tribunal Arbitral consideró que los eventos meteorológicos no cumplían con todos los criterios fijados en el artículo 7.1.7(1) de los Principios. En efecto, las tormentas e inundaciones estaban más allá del control del demandado, pero su ocurrencia

42 Partes desconocidas, laudo arbitral del 30 de noviembre de 2006, Centro de Arbitraje de México (CAM), México (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1149>).

43 El demandante alegó también «hardship» como pretensión subsidiaria, que el tribunal también rechazó. Aunque los eventos meteorológicos habían aumentado sustancialmente los costos del cumplimiento del demandado, el tribunal encontró que faltaba otro requisito esencial del «hardship», definido en el artículo 6.2.2. (*UNIDROIT Principles 2010*), esto es, que el riesgo del evento que alteró el equilibrio del contrato no fue asumido por la parte en desventaja. En el contexto de un acuerdo de distribución relativo a cantidades específicas de bienes que debían ser entregados, un productor de vegetales típicamente toma el riesgo de la destrucción por tempestades e inundaciones. Aun si se aceptara la defensa de «hardship», bajo el artículo 6.2.3. (*UNIDROIT Principles 2010*), el efecto no sería la exclusión de la responsabilidad del demandado por su incumplimiento, sino el derecho a pedir la renegociación del contrato de distribución para adaptarlo a las nuevas circunstancias.

463

CÓMO AFRONTAR
LO INESPERADO.
LA FUERZA
MAYOR EN LA
CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL:
¿PRINCIPIO O
CLÁUSULA?

DEALING
WITH THE
UNEXPECTED.
FORCE
MAJEURE IN
INTERNATIONAL
CONTRACTS:
PRINCIPLE OR
CLAUSE?

no podía considerarse imprevisible por el demandado quien, en el curso de su larga actividad en la agricultura, había experimentado varias veces eventos similares. Además, el demandado no dio noticia al demandante de los referidos eventos y su repercusión en su capacidad de cumplir como lo requiere el mismo artículo 7.1.7(3).

IV.3. Otros fallos nacionales y laudos internacionales

a. *Russian Socialist Federated Soviet Republic versus Sinclair Exploration Company, caso 6340–1925*⁴⁴

Este es un caso de principios del siglo XX en el que se analizó la fuerza mayor como uno de los problemas jurídicos a resolver por la corte. La controversia surgió cuando el Gobierno Soviético solicitó que se declarara judicialmente la nulidad del contrato de concesión de 36 años que había sido celebrado el 7 de enero de 1922 entre Sinclair, una compañía estadounidense y la República del Lejano Oriente de Siberia —en ese momento un Estado independiente— para la explotación de petróleo, gas y depósitos de asfalto en Sakhalin Norte. La citada república fue posteriormente absorbida por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) luego de la salida de las tropas japonesas de Vladivostok. El contrato fue novado con la URSS y, en setiembre de 1923, Sinclair despachó una expedición preliminar al sitio de la concesión en Sakhalin que permanecía bajo la ocupación militar japonesa.

Tras una expedición de casi seis meses, al llegar a Sakhalin Norte, el ejército japonés arrestó y deportó a los tres miembros de la expedición, a pesar de que contaban con visas para su tránsito hasta Siberia. En esas condiciones, bajo la ocupación japonesa, para Sinclair fue imposible trabajar en su concesión.

El gobierno soviético recuperó Sakhalin Norte por medio del tratado soviético-japonés del 20 de enero de 1925 y Japón debía retirar sus tropas del territorio ruso, reconociendo a la URSS *de jure*. A cambio, Japón iba a recibir concesiones de petróleo, carbón y madera en esa región, haciendo que la concesión de Sinclair se volviera innecesaria.

En enero de 1925, el Consejo de Comisarios Populares de la URSS inició trámites para cancelar la Concesión Sinclair y el Consejo Supremo para la Economía Nacional presentó una petición en la Corte de Moscú para anular la concesión por el supuesto incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Según la demanda, la compañía no llevó a cabo el trabajo de exploración durante el plazo estipulado, que según el artículo 2 del acuerdo debía realizarse entre el 7 de enero de 1923 y el 7 de enero de 1924.

⁴⁴ Véase: VEEDER, V.V. The 1921-1923 North Sakhalin Concession Agreement: The 1925 Court decisions between the US Company Sinclair Exploration and the Soviet Government. *Arbitration International*, 18, 2 (2002), pp. 185-204.

En marzo de 1925 la Corte de Moscú declaró nulo el acuerdo y ordenó la retención de la garantía otorgada por Sinclair. La compañía apeló, pero la Corte no aceptó la apelación. Para el demandado, la no ejecución del trabajo de exploración no daba lugar a la terminación del acuerdo por cuanto ello se debió a circunstancias de fuerza mayor. Según el artículo 35 del contrato, la ocurrencia de fuerza mayor daba lugar a una extensión del plazo de ejecución de las obligaciones del concesionario por el período afectado por la fuerza mayor.

La Corte de Moscú se planteó varios interrogantes. En particular, sobre el tema aquí examinado se preguntó: ¿la ocupación de Sakhalin por Japón constituye una circunstancia equiparable con la fuerza mayor? Según la Corte, las partes eran conscientes durante la negociación del acuerdo de que Sakhalin estaba ocupada por Japón, por lo que la ocupación en sí misma no fue considerada por las partes como una circunstancia equiparable con la fuerza mayor. El artículo 46 del acuerdo decía: «antes de la iniciación de los trabajos de exploración así como después, los representantes del Gobierno y de la compañía, debido a algunos obstáculos insuperables⁴⁵, no estarán en posición de residir en Sakhalin». Para la corte, era claro que las partes habían contemplado que habría un obstáculo insalvable para que los representantes de la compañía se hicieran presentes en Sakhalin y ejecutaran los trabajos durante la ocupación. Así, dijo la Corte, las partes consideraron dicha ocupación como una circunstancia que constituía un obstáculo insuperable para la realización de ciertos actos, pero no para la ejecución de otros actos, en particular, los trabajos de exploración. En consecuencia, solo por virtud del hecho de la ocupación, el concesionario no tenía derecho a posponer el cumplimiento del acuerdo, bajo el artículo 35.

Aquí se observa una aplicación sumamente estricta del requisito de previsibilidad de la fuerza mayor. Aunque la decisión judicial podría asociarse a consideraciones políticas de la antigua URSS, marcó un precedente en situaciones muy adversas, en las que una parte no puede eximirse de responsabilidad aun en circunstancias extremas con impedimentos insuperables, si al momento de celebrarse el contrato ya se vislumbraba el evento en cuestión.

b. National Oil Corporation (NOC) versus Lybian Sun Oil Company, caso CCI 4462, laudo de 31 de mayo de 1985⁴⁶

Los hechos de casos son los siguientes: el 20 de noviembre de 1980, NOC —una compañía estatal libia— y Sun Oil firmaron un acuerdo de exploración y producción de petróleo (*Production Sharing Agreement*

45 El término empleado en inglés fue «insurmountable».

46 VAN DAN BERG, Albert Jan (ed.). *National Oil Corporation v. Lybian Sun Oil Company, First Award on Force Majeure and Final Award, ICC Case No. 4462, 31 May 1985 and 23 February 1987. Yearbook Commercial Arbitration*, 16 (1991), 54-78.

«EPSA») en virtud del cual Sun Oil debía llevar a cabo un programa de exploración en Libia. En contraprestación, Sun Oil recibiría una participación de la producción petrolera fijada entre el 19% o el 10% dependiendo en las áreas exploradas. El acuerdo se regía e interpretaba en consonancia con el derecho libio y contenía, además, una cláusula arbitral de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

El EPSA entró en vigencia el 20 de diciembre de 1980 con un término de duración de 20 años y contenía la siguiente cláusula⁴⁷:

Article 22. Force Majeure. Excuse of Obligations

Any failure or delay on the part of a Party in the performance of its obligations or duties hereunder shall be excused to the extent attributable to force majeure. Force majeure shall include, without limitation: Acts of God, insurrection, riots, war, and any unforeseen circumstances and acts beyond the control of such Party.

Extension of Term; Termination. If operations are delayed, curtailed or prevented by force majeure, and the time for carrying out obligations under this Agreement is thereby affected, the term of this Agreement and all rights and obligations hereunder shall be extended for a period equal to the period thus involved; provided, however, that either Party may terminate this Agreement upon written notice to the other if (a) the fulfilment of the obligations of either Party under this Agreement during the period commencing the Effective Date and ending on the date of commencement of commercial production under this Agreement in the Contract Area is affected by force majeure for a continuous period exceeding one year or (b) the fulfilment of the obligations of either Party under this Agreement after the date of commencement of commercial production under this Agreement in the Contract Area is affected by force majeure for a continuous period exceeding two years. In the event of any such termination, all amounts owed hereunder by either Party to the other shall become immediately due and payable, except (in the case of such termination during the Exploration Periods) for costs of the Exploration Program to be paid to [NOC] [...].

El 18 de diciembre de 1981, Sun Oil suspendió su actividad contractual invocando la cláusula de fuerza mayor incluida en el EPSA alegando que su personal, compuesto únicamente por ciudadanos estadounidenses, no podría entrar a Libia después de que el gobierno de Estados Unidos decretara una orden que establecía que los pasaportes estadounidenses no eran válidos para viajar a Libia. NOC contravirtió el argumento de Sun Oil y llamó a que la actividad contractual continuara.

⁴⁷ Se transcribe la versión en inglés para mayor precisión.

Por otro lado, en marzo de 1982, la importación de petróleo libio a Estados Unidos fue prohibida por la administración Reagan, y la exportación de bienes e información técnica exigió la obtención de una licencia. La solicitud que Sun Oil hizo para adquirir una licencia para exportar tecnología de petróleos fue denegada el 21 de junio de 1982. A finales de 1982, Sun Oil notificó a NOC que no tenía otra alternativa a la de continuar invocando la cláusula de fuerza mayor del artículo 2 del EPSA, al considerar que las regulaciones sobre los pasaportes americanos y las exportaciones hacían imposible cumplir con las obligaciones contractuales establecidas en el EPSA y que, bajo esas circunstancias, había terminado su contrato.

El 19 de julio de 1982, NOC inició los procedimientos tendientes a la convocatoria de un tribunal de arbitramento de la CCI invocando la cláusula compromisoria. El Tribunal examinó los hechos y para resolver la controversia hizo las siguientes consideraciones:

- i. La noción de fuerza mayor aplicable era la establecida por el artículo 360 del Código Civil de Libia (CCL)⁴⁸ con el efecto de liberar al deudor de su obligación bajo el contrato, siempre que se reunieran los siguientes requisitos: 1) estar mas allá del control de las partes; 2) ser imprevisible al momento de la celebración del contrato; y 3) hacer el cumplimiento de la obligación totalmente imposible.
- ii. El artículo 360 del CCL no es de orden público y es posible que las partes excluyan la fuerza mayor o flexibilicen sus condiciones.
- iii. La cláusula 22 del acuerdo debe interpretarse para hallar la intención común de las partes. Sin embargo, ellas difieren completamente en el significado y las consecuencias de la cláusula.
- iv. El hecho de que las partes incorporaran la cláusula sobre fuerza mayor demuestra que no estaban satisfechas con la aplicación de la norma del CCL.
- v. El tribunal consideró que la cláusula 22 expresaba la intención de las partes de no aplicar estrictamente el criterio usual de fuerza mayor, en particular el requisito de imprevisibilidad, pero no excluyó el requisito fundamental de que el evento debió haber hecho definitiva o temporalmente imposible la ejecución de las obligaciones contractuales. Las partes, en forma voluntaria o por inadvertencia, adoptaron una cláusula de fuerza mayor bajo la cual el incumplimiento o la demora de

467

CÓMO AFRONTAR
LO INESPERADO.
LA FUERZA
MAYOR EN LA
CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL:
¿PRINCIPIO O
CLÁUSULA?

DEALING
WITH THE
UNEXPECTED.
FORCE
MAJEURE IN
INTERNATIONAL
CONTRACTS:
PRINCIPLE OR
CLAUSE?

48 Traducción al inglés: «Impossibility of Performance: An obligation is extinguished if the debtor establishes that its performance has become impossible by reason of causes beyond its control».

una de las partes solo se excusa si se ha vuelto imposible para esa parte cumplir el acuerdo.

- vi. En razón de lo anterior, Sun Oil tenía la carga de la prueba para lograr la aplicación de la cláusula 22 del contrato, y debía demostrar que cada una de las medidas adoptadas por el Gobierno de los Estados Unidos constituía: 1) una circunstancia más allá del control de las partes; 2) una circunstancia imprevista; y 3) una imposibilidad para continuar la exploración.
- vii. El tribunal sostuvo que el primer requisito se cumplía al estar las medidas gubernamentales más allá del control de las partes. Igualmente, estimó que los hechos fueron imprevisibles al tiempo de la celebración del contrato (1980). Aunque había tensión política entre Libia y los Estados Unidos, las relaciones comerciales no habían tenido problemas en el campo del petróleo. Además, los incidentes que agravaron las relaciones entre los dos países ocurrieron en 1981 después de la firma del contrato⁴⁹.
- viii. El análisis más detenido se hizo sobre el requisito que el tribunal consideró crucial: ¿Estuvo Sun Oil en imposibilidad de continuar la exploración como consecuencia de cada una de las dos medidas por todo el tiempo en que ellas estuvieron en vigor? Para responder este problema jurídico, el tribunal examinó en detalle cuáles eran las obligaciones de Sun Oil bajo el contrato.
- ix. Sobre la orden expedida por el Gobierno que prohibía a los ciudadanos norteamericanos viajar o permanecer en Libia, el tribunal consideró que para Sun Oil no era imposible, bajo el contrato, contratar personal de nacionalidades diferentes, como lo habían hecho otras compañías afectadas por la misma prohibición.
- x. Frente a la restricción de exportaciones que impedía a las compañías de los EE.UU. exportar bienes y tecnología a Libia, el tribunal razonó que si bien, en principio, Sun Oil planeaba realizar las operaciones con sus propios recursos tecnológicos, ello no era obstáculo para que pudiese explorar el área de acuerdo con las prácticas modernas de la industria, utilizando tecnologías no provenientes de los Estados Unidos sino de otros países.

⁴⁹ Los incidentes citados son los siguientes: Golfo de Syrte en agosto de 1981; el asesinato del presidente Sadat en octubre del mismo año, y reportes sobre supuestos envíos de comandos a los EE.UU., en noviembre. Sobre las advertencias que este país había hecho a sus ciudadanos desde mayo de 1979 de no viajar a Libia por razones de seguridad, no se compadecía como un preludio a la restricción de pasaportes, por lo cual esta medida no era previsible.

En mérito de las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral concluyó que los eventos invocados por Sun Oil no constituyeron fuerza mayor en cuanto no generaron imposibilidad para cumplir las obligaciones adquiridas bajo el acuerdo de exploración. Así las cosas, decidió que la demandada, al interrumpir sus operaciones, incumplió el contrato causando daños a NOC y, en consecuencia, ordenó el pago de perjuicios.

El laudo anterior analizó a profundidad los elementos de la fuerza mayor en el caso concreto, acudiendo al derecho sustantivo aplicable, concediendo primacía al requisito de imposibilidad de ejecución, que involucraba —aunque no se dijo expresamente— el elemento de irresistibilidad, es decir, que el evento sobreviniente fuese insuperable, de manera que por más extraordinario que resultase la causal invocada, el deudor no estaba en capacidad de cumplir por otros medios aunque resultaran más costosos, quedando así en absoluta imposibilidad de satisfacer sus prestaciones contractuales.

*c. Autopista concesionada de Venezuela AUCOVEN versus República Bolivariana de Venezuela*⁵⁰

En 1996 AUCOVEN suscribió un contrato de concesión con la República de Venezuela mediante el cual se comprometió a operar y mantener la autopista Aeropuerto Internacional de Caracas, Puerto La Guaira, y a construir un nuevo viaducto —Tacagua—. Por su parte, Venezuela se obligó a: i) elevar los peajes; ii) dar garantías a potenciales financiadores; iii) garantizar un ingreso mínimo para el concesionario. Estas obligaciones nunca fueron cumplidas.

El primer incremento de peajes estaba previsto para enero de 1997, pero el ministro no lo realizó invocando resistencia pública. El incumplimiento en el incremento de tarifas se mantuvo a través del tiempo, lo que hizo imposible concretar la financiación del proyecto. En 1998, el nuevo gobierno del presidente Chávez solicitó a la Corte Suprema la nulidad del contrato de concesión. El Tribunal de Arbitramento convocado bajo las reglas del ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) rechazó las razones de fuerza mayor argumentadas por Venezuela. Además declaró que esta había incumplido su compromiso de incrementar la tarifa del peaje y de garantizar el ingreso mínimo para el concesionario y por iniciar trámite ante la Corte Suprema de Venezuela para la terminación del contrato a pesar de que en este, la única instancia acordada para tal efecto era el arbitraje ante la ICSID.

50 PRAGER, Dietmar. *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, Award, ICSID Case No. ARB/00/5, 23 September 2003, A contribution by the ITA Board of Reporters. Kluwer Arbitration.*

469

CÓMO AFRONTAR
LO INESPERADO.
LA FUERZA
MAYOR EN LA
CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL:
¿PRINCIPIO O
CLÁUSULA?

DEALING
WITH THE
UNEXPECTED.
FORCE
MAJEURE IN
INTERNATIONAL
CONTRACTS:
PRINCIPLE OR
CLAUSE?

El Tribunal falló a favor de AUCOVEN y reconoció un valor de Bolívars más intereses, pero no reconoció a AUCOVEN las utilidades dejadas de percibir durante el tiempo proyectado de la concesión y construcción no ejecutadas. Para esto último, se basó en la jurisprudencia del tribunal ICSID *Irán versus EE.UU.* con relación a utilidades de proyectos no ejecutados.

Venezuela alegó que las partes no podían prever que las protestas ciudadanas oponiéndose a las alzas en los peajes serían de tal magnitud que amenazarían con violencia, al punto de provocar un nuevo «Caracazo» como el ocurrido en febrero de 1989. El tribunal encontró que la alegada imposibilidad de aumentar la tarifa no era imprevisible al momento de negociar y celebrar el contrato, por lo cual el incumplimiento no pudo justificarse por razón de fuerza mayor. Además, el tribunal notó que la cláusula de fuerza mayor del contrato se refería únicamente al concesionario y no se pactó en favor de Venezuela, por lo cual debía acudir al concepto legal de fuerza mayor que exigía la imprevisibilidad del hecho y que este generara imposibilidad de cumplimiento.

*d. CMS Gas Transmission Company versus República Argentina*⁵¹

CMS, empresa norteamericana, demandó ante el ICSID a la República Argentina por el impacto adverso que en sus inversiones tuvieron las decisiones adoptadas por dicho país en los años 1999-2002, durante la crisis económica que atravesó, incluida la «pesificación»⁵². CMS poseía el 29,42% de TGN, una de las dos compañías transportadoras de gas en Argentina. La compañía había adquirido inicialmente el 25% del capital, basada en una oferta al Gobierno. TGN contaba con una licencia otorgada en 1992 con vigencia de 35 años prorrogables por 10 adicionales. CMS manifestó que su inversión ascendía a 175 millones de dólares y que TGN realizó inversiones por más de 1000 millones de dólares en la época en que había paridad entre el dólar y el peso argentino.

El demandante alegó que su decisión de inversión la hizo principalmente por i) el tratado de protección de inversiones EE.UU.-Argentina; ii) el esquema tarifario dolarizado con incrementos pactados sobre la base del índice de precios al productor de EE.UU.; iii) salvaguardas para mantener el equilibrio contractual. Las medidas de pesificación de la economía y el no incremento de tarifas desde enero de 2002 tuvieron un efecto devastador: i) la acciones de TGN, valoradas en 261 millones de dólares, cayeron a 17 millones de dólares; ii) los ingresos domésticos de TGN decrecieron en un 75%; iii) dado que la deuda de TGN estaba

51 PRAGER, Dietmar. *CMS Gas Transmission Company v The Argentine Republic*, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, 25 September 2007, A contribution by the ITA Board of Reporters. *Kluwer Arbitration*.

52 Supresión de la paridad peso argentino-dólar.

mayoritariamente en dólares, incumplió sus compromisos de pago, puesto que por la devaluación requería 3,6 veces más ingresos para atender su servicio de deuda.

Argentina argumentó i) que las pérdidas del demandante estuvieron asociadas a decisiones y riesgos de los negocios que no son atribuirlas a la República; ii) en el caso de las deudas, pudo tomarlas en pesos y no en dólares y eventualmente renegociarlas; iii) la República no otorgó garantía de convertibilidad ni riesgo de devaluación; iv) dado que el transporte y distribución de gas es un servicio público, el Gobierno tiene la capacidad discrecional de regular sus tarifas en la medida en que deba tener en cuenta consideraciones sociales y públicas; v) alternativamente, esgrimió que las medidas se adoptaron por emergencia nacional producto de la crisis económica y social, lo cual constituye un estado de necesidad que la eximen de responsabilidad bajo el derecho internacional y bajo el tratado de inversión.

El tribunal consideró, entre otras cosas, que i) de acuerdo con las leyes argentinas, el estado de necesidad no justifica alterar las sustancia de los derechos conferidos más allá de periodos temporales; ii) en este caso, las razones de fuerza mayor no son pertinentes por cuanto los eventos eran previsible y, además, fueron previstos; iii) al examinar las cláusulas de emergencia del tratado, estimó que si bien la situación de Argentina fue severa, no resultó en un colapso social y económico. En las crisis de otros países, las obligaciones contractuales internacionales y los tratados se han renegociado, adaptado o pospuesto, pero manteniendo la esencia de las obligaciones.

V. LAS CLÁUSULAS DE FUERZA MAYOR

V.1. En qué consisten las cláusulas de fuerza mayor

A falta de una definición legal de la fuerza mayor, en el *common law* estas cláusulas se emplean en los contratos para regular convencionalmente los eventos que pueden afectar adversamente el cumplimiento de las obligaciones. Son estipulaciones que permiten a una parte suspender o terminar el cumplimiento de sus prestaciones cuando surgen ciertas circunstancias que estaban más allá de su control, haciendo que la ejecución de aquellas se torne impracticable, ilegal o imposible. La lista de eventos comprendidos en la cláusula suele ser cuidadosamente negociada por las partes atendiendo los riesgos que el negocio planeado puede enfrentar. Generalmente se incluyen eventos como la guerra, desordenes civiles, fenómenos naturales como huracanes, tsunamis, terremotos y otros como huelgas, decisiones gubernamentales y actos terroristas.

471

CÓMO AFRONTAR
LO INESPERADO.
LA FUERZA
MAYOR EN LA
CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL:
¿PRINCIPIO O
CLÁUSULA?

DEALING
WITH THE
UNEXPECTED.
FORCE
MAJEURE IN
INTERNATIONAL
CONTRACTS:
PRINCIPLE OR
CLAUSE?

Las cláusulas de fuerza mayor generalmente contemplan:

- una definición general de fuerza mayor y/o una lista de sucesos considerados como de fuerza mayor; y
- los efectos de la ocurrencia de un evento de fuerza mayor.

Es de uso común en estos pactos que, cuando se producen tales eventos, la parte afectada por ellos debe notificar a la otra de manera inmediata y esta, a partir de la notificación, debe tomar las medidas necesarias para mitigar los perjuicios que puedan surgir. La fuerza mayor suspende la obligatoriedad de la obligación cuando el evento sobreviniente tiene carácter temporal, mientras dure el impedimento, pero si se prolonga más allá de cierto tiempo, cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato. En ocasiones se deja claro que la fuerza mayor no excusa el cumplimiento de obligaciones de dinero.

La siguiente es una cláusula sencilla en la que se define la fuerza mayor y se enuncian algunas situaciones que constituyen esta forma de exoneración:

Force Majeure. A party shall not be liable for any failure of or delay in the performance of this Agreement for the period that such failure or delay is due to causes beyond its reasonable control, including but not limited to acts of God, war, strikes or labor disputes, embargoes, government orders or any other force majeure event⁵³.

En la cláusula que se transcribe a continuación, además de listar eventos que las partes califican como de fuerza mayor, se establecen los requisitos para su invocación y se señalan los efectos que se desencadenan cuando se produce alguna de las contingencias enumeradas. Sin embargo, no se mencionan los requisitos de la fuerza mayor como concepto general (imprevisibilidad, irresistibilidad, carácter ajeno al deudor).

Force Majeure. A Party shall not be deemed in default of this Agreement, nor shall it hold the other Party responsible for, any cessation, interruption or delay in the performance of its obligations (excluding payment obligations) due to earthquake, flood, fire, storm, natural disaster, act of God, war, terrorism, armed conflict, labor strike, lockout, boycott or other similar events beyond the reasonable control of the Party, provided that the Party relying upon this provision:

- gives prompt written notice thereof, and
- takes all steps reasonably necessary to mitigate the effects of the force majeure event.

⁵³ Force Majeure. Contract Standards (<http://www.contractstandards.com/force-majeure>).

- If a force majeure event extends for a period in excess of 30 days in the aggregate, either Party may immediately terminate this Agreement upon written notice⁵⁴.

La siguiente es una cláusula modelo en la que se define la fuerza mayor y se enumeran varios eventos que la constituyen, en un contrato de venta, obra o suministro:

Any delay or failure in the performance by either Party hereunder shall be excused if and to the extent caused by the occurrence of a Force Majeure. For purposes of this Agreement, Force Majeure shall mean a cause or event that is not reasonably foreseeable or otherwise caused by or under the control of the Party claiming Force Majeure, including acts of God, fires, floods, explosions, riots, wars, hurricane, sabotage, terrorism, vandalism, accident, restraint of government, governmental acts, injunctions, labor strikes, other than those of Seller or its suppliers, that prevent Seller from furnishing the materials or equipment, and other like events that are beyond the reasonable anticipation and control of the Party affected thereby, despite such Party's reasonable efforts to prevent, avoid, delay, or mitigate the effect of such acts, events or occurrences, and which events or the effects thereof are not attributable to a Party's failure to perform its obligations under this Agreement⁵⁵.

Se observa que, como regla general, los eventos enumerados no deben ser preexistentes al contrato, no pueden ser razonablemente previstos dentro de las circunstancias y no están bajo el control de ninguna de las partes, por lo cual el hecho debe ser ajeno al deudor. Este último requisito se extiende en algunas cláusulas a los empleados o contratistas a quienes el deudor ha encargado la ejecución de las obligaciones.

En cuanto a los efectos, la ocurrencia de un acontecimiento incluido en la cláusula elimina la obligación a cargo del deudor y este queda excusado de pagar los perjuicios. Si el impedimento es total y permanente, el contrato termina liberando a las partes de sus obligaciones. Si el obstáculo es temporal, la ejecución del contrato se suspenderá por el tiempo que aquel dure; si solo afecta una parte de la prestación, el deudor quedará exonerado por no cumplir la parte que le resulta imposible. Por otra parte, las cláusulas de fuerza mayor son de interpretación restrictiva: la corte no puede extender su alcance a situaciones que no están expresamente previstas y, si hay en ellas alguna ambigüedad, adoptará el significado menos favorable a la parte que busca la aplicación de la cláusula⁵⁶.

54 Ibidem.

55 Modelo tomado del sitio web: http://www.law.indiana.edu/instruction/dhlong/5534/doc/force_majeure_example.pdf

56 AMBROSE, Claire. Ob. cit., p. 238.

473

CÓMO AFRONTAR
LO INESPERADO.
LA FUERZA
MAYOR EN LA
CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL:
¿PRINCIPIO O
CLÁUSULA?

DEALING
WITH THE
UNEXPECTED.
FORCE
MAJEURE IN
INTERNATIONAL
CONTRACTS:
PRINCIPLE OR
CLAUSE?

V.2. Cláusulas de fuerza mayor en Colombia

Como regla general, las partes en un contrato tienen libertad para incluir pactos relativos a la responsabilidad civil contractual. Así lo señalan los artículos 1604 y 1616 del Código Civil colombiano⁵⁷. Lo mismo puede predicarse sobre el aspecto de la fuerza mayor, el cual se encuentra comprendido en las normas citadas. El artículo 1732 refuerza la autonomía de la voluntad, avalando las estipulaciones por las cuales el deudor se hace cargo del caso fortuito: «Si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observará lo pactado».

En virtud de esa cláusula, el deudor asume una responsabilidad mayor a la que legalmente le corresponde, obligándose a indemnizar los perjuicios resultantes del incumplimiento de sus obligaciones, aun cuando el mismo no sea consecuencia de su comportamiento doloso o culposo, sino de eventos ajenos a su voluntad que sean imprevistos e irresistibles. Así las cosas, en el derecho colombiano, las convenciones pueden modificar las reglas legales que gobiernan la fuerza mayor y su poder liberatorio por cuanto con ello se está definiendo el alcance de las obligaciones.

Pero también las partes pueden diseñar cláusulas de fuerza mayor al mejor estilo de los contratos anglosajones siendo deseable que aquellas identifiquen las contingencias inherentes al negocio que vislumbran y fijen reglas claras para la distribución de los riesgos económicos que suelen acompañar la aventura contractual. En última instancia, es mediante el contrato que los particulares disponen libremente de sus intereses patrimoniales y son las partes quienes están en la mejor posición para calcular hasta dónde están dispuestas a asumir los costos que puedan resultar, en función del beneficio que persiguen al contratar.

Así las cosas, es válido en el derecho colombiano que las partes incorporen cláusulas relativas a la fuerza mayor como una forma anticipada de

57 «El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes» (CCC, artículo 1604; las cursivas son nuestras).

«Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas» (CCC, artículo 1616; las cursivas son nuestras).

repartir entre ellas las contingencias económicas que pueden surgir en la ejecución futura del contrato, que siempre estará marcada por un elemento de incertidumbre. En particular, es permitido emplear las estipulaciones a las que nos venimos refiriendo, con las limitaciones y requisitos que señalaremos posteriormente.

Ya hemos mencionado que una cláusula de fuerza mayor permite a la parte liberarse de sus obligaciones bajo el contrato por la ocurrencia de un evento descrito en la cláusula⁵⁸. Mediante estos acuerdos, los contratantes pueden no solo elaborar una definición más técnica de la fuerza mayor, sino precisar los deberes que pesan sobre ellos ante la ocurrencia de un hecho incluido en la cláusula (por ejemplo notificar a la otra parte y mitigar los daños), y los efectos de tal ocurrencia, como la suspensión o terminación del contrato con efecto extintivo para ambas partes, si la circunstancia impeditiva es permanente o dura más allá de un tiempo razonable⁵⁹.

También es posible consignar una lista de eventos especiales que, a la luz de su particular forma de asignar los riesgos en el contrato, las partes califican como de fuerza mayor, pero aun así, solo podrán cubrir eventos imprevistos, inevitables y ajenos al deudor⁶⁰.

Teniendo en cuenta el principio de normatividad consagrado en el artículo 1602 del CCC, los contratos tienen fuerza vinculante y, salvo el mutuo consentimiento de las partes, no pueden ser invalidados sino por causas legales. Una de tales causas es precisamente la ocurrencia de eventos liberatorios de las obligaciones, como lo es la imposibilidad de ejecución por motivos ajenos, siempre que satisfagan los requisitos que configuran la fuerza mayor o caso fortuito, esbozados en el párrafo anterior.

Así las cosas, la facultad de las partes para diseñar sus cláusulas de fuerza mayor no puede ser ilimitada al punto de desdibujar por completo su régimen legal.

[P]or vía de la definición de la fuerza mayor no es posible exonerarse de una culpa grave o dolo. Igualmente si la ley ha establecido un régimen imperativo en materia de responsabilidad, no parece posible que las partes puedan convenir que tengan carácter liberatorio eventos que no

58 Véase: DIMATTEO, Larry & Lucien DHOOGHE. *International Business Law, a Transactional Approach*, citado por KATSIVELA, Marel. Ob. cit., p. 109 (traducción libre). Véase también SCHWENZER, Ingeborg. Force majeure and hardship in international sales contracts. *Victoria University of Wellington Law Review*, 39, 709 (2008-2009).

59 En Colombia, a falta de estipulación expresa, en los contratos civiles los riesgos de la pérdida del cuerpo cierto por fuerza mayor o caso fortuito antes de su entrega extingue la obligación del deudor, pero la contraprestación del acreedor subsiste si aún es posible (artículos 1607, 1876 CCC). En los negocios jurídicos comerciales, el deudor corre con el riesgo de pérdida de la cosa debida, de manera que el acreedor no debe pagar la contraprestación y el contrato se extingue (artículos 929 y 930 del CCC).

60 CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. Ob. cit., p. 376.

475

CÓMO AFRONTAR
LO INESPERADO.
LA FUERZA
MAYOR EN LA
CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL:
¿PRINCIPIO O
CLÁUSULA?

DEALING
WITH THE
UNEXPECTED.
FORCE
MAJEURE IN
INTERNATIONAL
CONTRACTS:
PRINCIPLE OR
CLAUSE?

lo tienen, de acuerdo con la ley. Pero, también hay que tener en cuenta los casos en que se aplican las reglas sobre cláusulas abusivas. Además deberá tomarse en consideración si se afecta una obligación esencial [...]»⁶¹.

Con fundamento en lo expuesto, las partes en un contrato pueden incorporar cláusulas sobre la fuerza mayor que amplifiquen la responsabilidad del deudor o que la reduzcan, sin llegar a excusar incumplimientos que le sean imputables a título de dolo o culpa grave, porque hay objeto ilícito en la condonación del dolo futuro (artículo 1522 CCC). Así mismo, es viable que los contratantes elaboren listados con eventos que serán considerados de fuerza mayor en el respectivo acuerdo, siempre que los mismos satisfagan los requisitos legales para que aquella tenga poder liberatorio: que sean imprevisos, que sean irresistibles y que sean totalmente ajenos al deudor.

V.3. Cláusulas de fuerza mayor en la contratación internacional

La importancia de estas cláusulas surgidas de las prácticas contractuales del *common law*, a falta de disposiciones legales expresas, es muy notoria en la contratación internacional. Así, es evidente que en ese contexto los imponderables tienen un peso significativo, circunstancia que induce a las partes a negociar y elaborar los pactos que reflejen su voluntad, como una medida prudente en la gestión de los riesgos relativos al contrato⁶².

Las cláusulas de fuerza mayor en los contratos internacionales son muy diversas puesto que se dejan a la autonomía de los contratantes. Sin embargo, se han propuesto modelos, unos más sofisticados que otros, que las partes pueden acoger o adaptar según sus necesidades particulares. Generalmente utilizan un lenguaje donde se describen en abstracto los requisitos para que el fenómeno pueda ser invocado: principalmente que el hecho se encuentre más allá del control de la parte afectada y, por lo mismo, quedan excluidas las situaciones respecto de las cuales las partes tengan poder de intervención o control.

Así, la imposibilidad total de ejecución, que en los sistemas civilistas suele ser de la esencia del concepto de fuerza mayor, puede sustituirse por un estándar menos estricto, consistente en que el evento «sea ajeno al control de la parte afectada». Aunque no es lo más usual, en los negocios internacionales las cláusulas pueden exigir en forma expresa que los eventos no sean razonablemente previsibles, es decir, que su

61 *Ibidem*, p. 377.

62 BRUNNER, Christoph. Contractual assumption or limitation of the risk of the occurrence of certain impediments. En: *Exemption for non-performance in international arbitration. Force majeure and hardship under general contract principles* (capítulo 4, sección 8). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009.

ocurrencia no haya podido ser contemplada al celebrarse el contrato y que además sean irresistibles o inevitables, asemejándose así al análisis que se haría en un contrato regido por un sistema de derecho civil donde predomina la fuerza mayor como concepto y no como cláusula⁶³.

Se acostumbra además enumerar eventos catastróficos, extraordinarios, inusuales y graves como actos de la naturaleza (actos de Dios), por ejemplo inundaciones, incendios, terremotos, tornados, huracanes, vientos severos y otros actos no atribuibles al ser humano, junto con otros donde intervienen personas ajenas al contrato, como actos del gobierno, guerras, tanto internas como exteriores, insurrecciones y otros hechos sobrevinientes que impiden a una o a ambas partes cumplir sus prestaciones, como embargos y restricciones gubernamentales⁶⁴. A continuación se presentan varios ejemplos de cláusulas de fuerza mayor.

*a. Cláusula modelo ICC 2003*⁶⁵

Esta cláusula se redactó por un grupo de expertos y propone una estipulación clara y completa que brinde mayor seguridad a los empresarios internacionales. En el texto se recogen los conceptos fundamentales de la fuerza mayor, mencionados a lo largo del presente escrito. Contiene una enunciación general de los requisitos para que sea viable esta defensa, establece un listado amplio de situaciones que constituyen fuerza mayor, señala sus efectos, así como las obligaciones y las cargas que pesan sobre las partes en caso de que efectivamente surja alguno de los eventos allí contemplados:

1. Unless otherwise agreed in the contract between the parties expressly or impliedly, where a party to a contract fails to perform one or more of its contractual duties, the consequences set out in paragraphs 4 to 9 of this Clause will follow if and to the extent that that party proves:

[a] that its failure to perform was caused by an impediment beyond its reasonable control; and

[b] that it could not reasonably have been expected to have taken the occurrence of the impediment into account at the time of the conclusion of the contract; and

[c] that it could not reasonably have avoided or overcome the effects of the impediment.

2. Where a contracting party fails to perform one or more of its contractual duties because of default by a third party whom it has engaged to perform the whole or part of the contract, the consequences

63 KATSIVELA, Marel. Ob. cit., p. 111. Véase también BRUNNER, Christoph (ob. cit.), quien se refiere a estos conceptos como «unforeseeable, unavoidable and insurmountable impediments».

64 KATSIVELA, Marel. Ob. cit., p. 111.

65 Véase en el sitio web: http://www.derecho.uba.ar/internacionales/competencia_arbitraje_iic_force_majeure_and_hardship_clauses_2003.pdf

477

CÓMO AFRONTAR
LO INESPERADO.
LA FUERZA
MAYOR EN LA
CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL:
¿PRINCIPIO O
CLÁUSULA?

DEALING
WITH THE
UNEXPECTED.
FORCE
MAJEURE IN
INTERNATIONAL
CONTRACTS:
PRINCIPLE OR
CLAUSE?

set out in paragraphs 4 to 9 of this Clause will only apply to the contracting party:

[a] if and to the extent that the contracting party establishes the requirements set out in paragraph 1 of this Clause; and

[b] if and to the extent that the contracting party proves that the same requirements apply to the third party.

3. In the absence of proof to the contrary and unless otherwise agreed in the contract between the parties expressly or impliedly, a party invoking this Clause shall be presumed to have established the conditions described in paragraph 1[a] and [b] of this Clause in case of the occurrence of one or more of the following impediments:

[a] war (whether declared or not), armed conflict or the serious threat of same (including but not limited to hostile attack, blockade, military embargo), hostilities, invasion, act of a foreign enemy, extensive military mobilisation;

[b] civil war, riot rebellion and revolution, military or usurped power, insurrection, civil commotion or disorder, mob violence, act of civil disobedience;

[c] act of terrorism, sabotage or piracy;

[d] act of authority whether lawful or unlawful, compliance with any law or governmental order, rule, regulation or direction, curfew restriction, expropriation, compulsory acquisition, seizure of works, requisition, nationalisation;

[e] act of God, plague, epidemic, natural disaster such as but not limited to violent storm, cyclone, typhoon, hurricane, tornado, blizzard, earthquake, volcanic activity, landslide, tidal wave, tsunami, flood, damage or destruction by lightning, drought;

[f] explosion, fire, destruction of machines, equipment, factories and of any kind of installation, prolonged break-down of transport, telecommunication or electric current;

[g] general labour disturbance such as but not limited to boycott, strike and lock-out, go-slow, occupation of factories and premises.

4. A party successfully invoking this Clause is, subject to paragraph 6 below, relieved from its duty to perform its obligations under the contract from the time at which the impediment causes the failure to perform if notice thereof is given without delay or, if notice thereof is not given without delay, from the time at which notice thereof reaches the other party.

5. A party successfully invoking this Clause is, subject to paragraph 6 below, relieved from any liability in damages or any other contractual remedy for breach of contract from the time indicated in paragraph 4.

6. Where the effect of the impediment or event invoked is temporary, the consequences set out under paragraphs 4 and 5 above shall apply only insofar, to the extent that and as long as the impediment or the listed event invoked impedes performance by the party invoking this Clause of its contractual duties. Where this paragraph applies, the party invoking this Clause is under an obligation to notify the other party as soon as the impediment or listed event ceases to impede performance of its contractual duties.

7. A party invoking this Clause is under an obligation to take all reasonable means to limit the effect of the impediment or event invoked upon performance of its contractual duties.

8. Where the duration of the impediment invoked under paragraph 1 of this Clause or of the listed event invoked under paragraph 3 of this Clause has the effect of substantially depriving either or both of the contracting parties of what they were reasonably entitled to expect under the contract, either party has the right to terminate the contract by notification within a reasonable period to the other party.

9. Where paragraph 8 above applies and where either contracting party has, by reason of anything done by another contracting party in the performance of the contract, derived a benefit before the termination of the contract, the party deriving such a benefit shall be under a duty to pay to the other party a sum of money equivalent to the value of such benefit.

Especial mención merece el numeral 3, según el cual se presumen probados por la parte que invoca la cláusula los requisitos de los numerales 1 [a] y [b], es decir, que su incumplimiento se debió a un impedimento fuera de su control y que no pudo razonablemente tomar en cuenta el evento al momento de la celebración del contrato. Sin embargo, la parte que busca beneficiarse con la estipulación siempre deberá probar el requisito de irresistibilidad, es decir, que el deudor no pudo evitar el evento o superar sus consecuencias.

b. Cláusula del Banco Mundial

El Banco Mundial emplea una cláusula en la que enumera eventos aun más catastróficos y regula en forma detallada los efectos de la fuerza mayor:

«Force Majeure Event» means the occurrence of:

- (a) an act of war (whether declared or not), hostilities, invasion, act of foreign enemies, terrorism or civil disorder;
- (b) ionising radiations, or contamination by radioactivity from any nuclear fuel, or from any nuclear waste from the combustion of nuclear fuel, radioactive toxic explosive or other hazardous properties of any explosive nuclear assembly or nuclear component thereof;

479

CÓMO AFRONTAR
LO INESPERADO.
LA FUERZA
MAYOR EN LA
CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL:
¿PRINCIPIO O
CLÁUSULA?

DEALING
WITH THE
UNEXPECTED.
FORCE
MAJEURE IN
INTERNATIONAL
CONTRACTS:
PRINCIPLE OR
CLAUSE?

(c) pressure waves from devices travelling at supersonic speeds or damage caused by any aircraft or similar device;

(d) a strike or strikes or other industrial action or blockade or embargo or any other form of civil disturbance (whether lawful or not), in each case affecting on a general basis the industry related to the affected Services and which is not attributable to any unreasonable action or inaction on the part of the Company or any of its Subcontractors or suppliers and the settlement of which is beyond the reasonable control of all such persons;

(d) specific incidents of exceptional adverse weather conditions in excess of those required to be designed for in this Agreement which are materially worse than those encountered in the relevant places at the relevant time of year during [...];

(e) tempest, earthquake or any other natural disaster of overwhelming proportions; pollution of water sources resulting from any plane crashing into [...];

(f) discontinuation of electricity supply, not covered by the agreement concluded with the [utility company]; or

(g) other unforeseeable circumstances beyond the control of the Parties against which it would have been unreasonable for the affected party to take precautions and which the affected party cannot avoid even by using its best efforts, which in each case directly causes either party to be unable to comply with all or a material part of its obligations under this Agreement;

(1) Neither Party shall be in breach of its obligations under this Agreement (other than payment obligations) or incur any liability to the other Party for any losses or damages of any nature whatsoever incurred or suffered by that other (otherwise than under any express indemnity in this Agreement) if and to the extent that it is prevented from carrying out those obligations by, or such losses or damages are caused by, a Force Majeure Event except to the extent that the relevant breach of its obligations would have occurred, or the relevant losses or damages would have arisen, even if the Force Majeure Event had not occurred [...].

(2) As soon as reasonably practicable following the date of commencement of a Force Majeure Event, and within a reasonable time following the date of termination of a Force Majeure Event, any Party invoking it shall submit to the other Party reasonable proof of the nature of the Force Majeure Event and of its effect upon the performance of the Party's obligations under this Agreement.

(3) The Company shall, and shall procure that its Subcontractors shall, at all times take all reasonable steps within their respective powers

and consistent with Good Operating Practices (but without incurring unreasonable additional costs) to:

- (a) prevent Force Majeure Events affecting the performance of the Company's obligations under this Agreement;
- (b) mitigate the effect of any Force Majeure Event; and
- (c) comply with its obligations under this Agreement.

The Parties shall consult together in relation to the above matters following the occurrence of a Force Majeure Event.

(4) Should paragraph (1) apply as a result of a single Force Majeure Event for a continuous period of more than [180] days then the parties shall endeavor to agree any modifications to this Agreement (including without limitation, determination of new tariffs (if appropriate) in accordance with the provisions of Clause [...] which may be equitable having regard to the nature of the Force Majeure Event and which is consistent with the Statutory Requirements⁶⁶.

Del anterior ejemplo se desprende que las cláusulas de fuerza mayor deben elaborarse a la medida de los contratantes y atendiendo el objeto del contrato, los riesgos involucrados y las circunstancias particulares que rodean el negocio.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo de este escrito, nos hemos referido a la fuerza mayor como una defensa a disposición de los contratantes cuando surge un evento que hace imposible la ejecución de sus prestaciones. En los sistemas de derecho continental se desarrolló como un concepto consagrado en la ley que debe reunir tres condiciones: ser imprevisto, irresistible y ajeno a la esfera de control del obligado.

El *common law* no elaboró la idea de fuerza mayor propiamente dicha, aunque sí unas nociones que han llevado a los jueces a soluciones análogas: la frustración y la impracticabilidad comercial. Sin embargo, es frecuente que en los contratos se incorpore una estipulación que consagre eventos que pueden eximir a una o ambas partes de sus obligaciones si constituyen obstáculos insuperables.

En los contratos comerciales internacionales, donde se relacionan los empresarios provenientes de diversas culturas jurídicas, se busca en forma primordial la agilidad y la seguridad en las operaciones. La obligatoriedad de los contratos es un principio universal, como también lo es la máxima de que nadie está obligado a lo imposible. En ese mercado ampliado y plural, es de la mayor importancia conocer,

481

CÓMO AFRONTAR
LO INESPERADO.
LA FUERZA
MAYOR EN LA
CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL:
¿PRINCIPIO O
CLÁUSULA?

DEALING
WITH THE
UNEXPECTED.
FORCE
MAJEURE IN
INTERNATIONAL
CONTRACTS:
PRINCIPLE OR
CLAUSE?

66 Modelo tomado del sitio web: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/ppp-overview/practical-tools/checklists-and-risk-matrices/force-majeure-checklist/sample-clause>.

analizar, evaluar y mitigar los riesgos económicos que puedan resultar para las partes ante el surgimiento de contingencias que afecten el cumplimiento de las obligaciones adquiridas hasta el punto en que se produzcan pérdidas indeseables, incluso de enorme magnitud. Los contratos son el instrumento idóneo para distribuir los riesgos, prevenir y gestionar los conflictos. Es allí donde los comerciantes, concededores de su actividad y de los imponderables que pueden afectarla, deben consignar su voluntad y experiencia, negociando en forma cuidadosa cada una de sus cláusulas.

Una práctica común en el ámbito internacional actual es introducir cláusulas de fuerza mayor, desde las más sencillas hasta las más complejas, cuya utilidad aumenta cuando se trata de operaciones delicadas que pueden verse gravemente perturbadas por accidentes naturales, actos del príncipe o hechos de terceros. La *lex mercatoria* como derecho profesional emanado de los empresarios reconoce estas prácticas; los instrumentos internacionales —como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional y los Principios UNIDROIT— avalan la eficacia de la voluntad de las partes y esta se hace efectiva, principalmente en sede arbitral.

Las situaciones examinadas a lo largo de este escrito se distinguen claramente de la «excesiva onerosidad sobreviniente» que desarrolla el principio *rebus sic stantibus*. Este último se encuentra hoy en día ampliamente consagrado en diversas normas nacionales e internacionales, con la finalidad de modificar el contrato y recuperar el equilibrio económico que se ha perdido como consecuencia de un hecho imprevisto cuyas consecuencias no corresponde asumir a la parte afectada por el suceso.

Ya sea como concepto o como cláusula, la fuerza mayor que emerge e impide el cumplimiento que está a cargo de un contratante suscita fuertes confrontaciones entre las partes, primero aliados de negocios y luego adversarios. La valoración judicial de los requisitos de esta eximente parece siempre necesaria para verificar que se cumplan los requisitos previstos en la ley o en la estipulación que ameritan la terminación del contrato y la liberación del deudor de la obligación de indemnizar perjuicios. Compete a quien la alega probar fehacientemente la ocurrencia del hecho y que se encuentran presentes las condiciones para su reconocimiento. La tarea que el juez o árbitro tendrá a su cargo al ponderar los argumentos y los medios de prueba allegados al proceso no será nada fácil.

Lo que puede observarse a partir de múltiples decisiones judiciales y arbitrales es que la fuerza mayor es de muy difícil aceptación por los tribunales. En la gran mayoría de los casos no prospera esta eximente de responsabilidad y se han establecido «tests» muy rigurosos para declarar

libre a un deudor de sus obligaciones contractuales cuando alega la fuerza mayor o el caso fortuito. El requisito más debatido es, sin duda, el carácter imprevisto o imprevisible del impedimento. El juez debe mirar en retrospectiva y definir si el deudor, a la hora de contratar, estaba en posición y en el deber de anticipar el evento o si este surgió en realidad como algo inesperado. En pleno siglo XXI, la carga de acreditar esta excusa es muy estricta, lo que muestra la continuada vigencia de la santidad de los contratos.

Los empresarios saben mejor que nadie que toda iniciativa conlleva riesgos y que estos son inherentes a los negocios lucrativos. Son ellos quienes están en la mejor posición para evaluar la relación costo/beneficio de cada operación, para calcular los márgenes aceptables de rentabilidad y suscribir contratos claros y equilibrados, con el apoyo de sus asesores jurídicos. Los riesgos —incluso los políticos— se incrementan cuando los negocios se hacen más complejos, por ejemplo, cuando se refieren a proyectos de envergadura que involucran a otros actores como subcontratistas, cuando los clientes tienen su sede de negocios en jurisdicciones distintas y cuando los compromisos son de largo plazo. Aunque es necesario precaverse frente a contingencias usuales empleando la diligencia y la prudencia propias de un profesional experimentado, no es posible evitar ni asegurarse contra todo riesgo ni salir siempre indemne. En muchas ocasiones no hay alternativa: alguien debe absorber las pérdidas.

Si no se asigna en forma expresa en el contrato el riesgo de fuerza mayor o de otras circunstancias sobrevinientes, corresponde asumir esas pérdidas a quien está en mejor capacidad de preverlo, evitarlo, evaluarlo y mitigarlo. El carácter profesional de quien ofrece bienes y servicios en el mercado internacional impone un estándar muy alto con deberes muy estrictos, de suerte que salir victorioso en un debate alrededor de la fuerza mayor supone que el juez responda afirmativamente las preguntas claves: para esta persona, experta en su negocio y conocedora del contexto en que normalmente se desarrolla, ¿a) estaba el hecho sobreviniente efectivamente fuera de su control?; ¿b) el hecho no era razonablemente previsible y no debió tomarse en consideración al momento de celebrar el contrato?; ¿c) el hecho fue de unas proporciones extraordinarias que no permitían evitarlo o superar sus consecuencias?

En los países de tradición civilista como Colombia son de recibo las cláusulas de fuerza mayor, pero es difícil, si no improbable, que un juez acepte como excusa un evento que no genere imposibilidad absoluta y que no satisfaga los requisitos de imprevisibilidad, irresistibilidad e inimputabilidad. Así, a nivel de crítica, es pertinente señalar que podría ser limitada la función o escaso el beneficio que en la práctica tiene la inclusión de las cláusulas de fuerza mayor en contratos gobernados

483

CÓMO AFRONTAR
LO INESPERADO.
LA FUERZA
MAYOR EN LA
CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL:
¿PRINCIPIO O
CLÁUSULA?

DEALING
WITH THE
UNEXPECTED.
FORCE
MAJEURE IN
INTERNATIONAL
CONTRACTS:
PRINCIPLE OR
CLAUSE?

por sistemas jurídicos que han desarrollado un concepto rígido de esa exigente de responsabilidad a partir de los mencionados requisitos.

Aun tratándose de contratos internacionales, en ese escenario las partes carecerían en realidad de la suficiente libertad para incorporar pactos especiales relativos a la fuerza mayor con los efectos deseados por ellas. A su turno, los jueces y los árbitros enfrentarían una situación compleja en la cual, no obstante una estipulación contractual cuidadosamente negociada y claramente redactada, deberían acudir al concepto legal de fuerza mayor, quizá dejando de reconocer como tal algún evento que las partes quisieron calificar como excusa en caso de incumplimiento en su contrato particular. La ocurrencia de dicho evento alegado como impedimento llevaría a un análisis análogo al que se haría en ausencia de cualquier cláusula especial, con lo que poco o nada aportaría a la asignación concertada, justa y eficiente de los riesgos contractuales.

En el caso particular de Colombia, es notable el aporte de la jurisprudencia ordinaria y arbitral al establecer criterios cada vez más claros para la correcta apreciación de la causa extraña. A nivel de legislación, se requiere modernizar el tratamiento de la fuerza mayor que en el Código Civil mantiene la fisonomía del siglo XIX. Es necesario precisar su definición, sus efectos y el régimen legal de la imposibilidad de la ejecución para todo tipo de obligaciones, no solo las de dar y entregar como sucede hoy día, mediante la figura de la pérdida de la cosa debida para instaurar un régimen de riesgos del contrato bilateral que sea unificado para el derecho privado y equitativo para las partes. Para ello, el Código Civil peruano es un referente importante.

No se conocen aún decisiones judiciales colombianas que reconozcan o nieguen efecto a tales cláusulas y que resuelvan el problema jurídico de su validez para contar con mayor seguridad jurídica en las relaciones domésticas y, por supuesto, en los contratos internacionales. En nuestro criterio, se impone una interpretación más flexible y acorde con las necesidades del comercio entre empresarios de diferentes culturas jurídicas para honrar el postulado de la autonomía de la voluntad. En la modernización normativa que se requiere, la definición de fuerza mayor y sus requisitos, al igual que su aplicación en sede judicial, deberían estar en línea con las formulaciones de los instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercancías, con los Principios UNIDROIT y con los fallos que los vienen aplicando, los cuales han demostrado su utilidad y razonabilidad para dar certeza y predictibilidad a las operaciones mercantiles.

Recibido: 28/01/2015

Aprobado: 20/03/2015