

## CALEIDOSCOPIO DE LA FUERZA MAYOR (DERECHO COMPARADO E INTERNACIONAL) \*<sup>1</sup>

Por Camilo Armando Franco Leguízamo<sup>2</sup>

**Sumario:** 1. Introducción 2. Del derecho romano a la doctrina francesa 2.1. *Casus Fortuitus* y *Vis Maior* 2.2. Discusiones doctrinales clásicas 2.2.1. Tesis dualista 2.2.2. Tesis monista 3. La *fuerza mayor* y la imposibilidad en el derecho continental europeo 3.1. *Force majeure* 3.2 *Forza maggiore e impossibilità sopravvenuta* 3.3. *Unmöglichkeit* 4. La *fuerza mayor* en Colombia 4.1. Posiciones doctrinales 4.2. La jurisprudencia civil 4.3 La jurisprudencia administrativa 4.4. Hacia un nuevo significado de la *fuerza mayor* en nuestro ordenamiento 5. Las figuras próximas a la *fuerza mayor* en el *common law* 5.1. *Frustration* 5.2 *Impracticability* 6. La *fuerza mayor* en el derecho comercial internacional 6.1. El *impedimento* en la Convención de Viena 6.2. Cláusulas de *fuerza mayor* en contratos internacionales 6.2.1. El modelo de la Cámara de Comercio Internacional de París 6.2.2. Cláusulas de *force majeure* en los contratos de construcción internacionales 7. Conclusiones.

### Introducción

*Fuerza mayor* o *caso fortuito*, en resumidas palabras, que en el presente escrito serán explicadas, podría resumirse grosso modo, como un supuesto normativo que excusa el cumplimiento de las obligaciones, que consulta la posibilidad de ejecución del *iuris vinculum*, que se subsume en el concepto del no cumplimiento<sup>3</sup>, y que atiende a la máxima de *ad impossibilia nemo obligatur*.

---

\* Este artículo fue presentado a la revista el día 4 de agosto de 2008 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 11 de Junio de 2009, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

<sup>1</sup> El presente artículo es producto del proyecto de investigación denominado, *Cláusulas, modelos y procedimientos aplicables a la estructuración y ejecución de contratos de construcción internacional. Estudio y análisis de la aplicación e influencia de los modelos de contratos de construcción creados por FIDIC y el Banco Mundial*, de la Línea de Investigación Derecho Comercial Internacional. Dirigida por el Dr Maximiliano Rodríguez Fernández. Departamento de Derecho Comercial. Universidad Externado de Colombia.

<sup>2</sup> Estudiante de Quinto Año de Derecho (2008) en la Universidad Externado de Colombia, Monitor del Departamento de Derecho Comercial (2008), y Alumno Investigador en el Grupo de Derecho Comercial y Comparado (2006).

<sup>3</sup> “De ahí surgen los conceptos y las realidades de cumplimiento y de incumplimiento: el primero ya se dijo, consistente en la conducta conforme a derecho; el segundo, la inversa: contraria a derecho [...] Al margen de las dos instituciones contrapuestas está la insatisfacción del acreedor por el no cumplimiento del deudor: este no cumplió, pero no incumplió. Su conducta diferente de la exigida en el título acarreó ese resultado nocivo para el acreedor, sin embargo de lo cual no se le deduce responsabilidad o esta se atempera, e inclusive en oportunidades resulta liberado de la propia obligación, si que también de la aneja indemnizatoria, ora por haberse debido

Noción ya desarrollada por los jurisconsultos romanos, a la vez que por los codificadores, discutida por la doctrina, y sujeta a diferentes interpretaciones en los diferentes sistemas jurídicos; un concepto, con nuevas perspectivas en la praxis contractual internacional, y que tradicionalmente se asocia con determinados eventos, tenidos la mayor parte de las veces, como casos por excelencia de imposibilidad de ejecución. Conjunto pues, de circunstancias especiales, que más allá de encontrarse taxativamente reseñadas, o vistas como un catálogo predeterminado de hechos, consultan el espíritu de las relaciones negócias, así como también, la preservación de las mismas.

Su estudio entonces, se remite a la idea misma que envuelve la palabra (*fuera mayor, force majeure, impossibilit  sopravvenuta, unm glichkeit, frustration, impracticability, impedimento*), en uno u otro idioma, pero que consideramos es, en todo caso, el mismo, sin perjuicio de que en unos casos sea observado desde diferentes perspectivas. Un estudio caleidoscópico que, pretende acertar sobre las circunstancias que realmente excusan el no cumplimiento, y con el cual, pretendemos aportar una nueva perspectiva. Encontrar su significado contractual, a través de sus diferentes concepciones en distintos ordenamientos, como también, su desarrollo en los distintos espacios reconocidos por estos.

## **1. Del derecho romano a la doctrina francesa**

Las distinciones acerca de la *fuera mayor* y el *caso fortuito*, con origen romano, y vigencia doctrinal por una época en Francia, llevaron a que algunos autores, inclusive hasta la actualidad, sostengan distinciones entre uno y otro concepto<sup>4</sup>. Sin embargo, el estudio de las distinciones, como también el de la evolución de su discusión, nos permite un análisis más acertado del fenómeno, esto es, de un acercamiento hacia sus verdaderos efectos, como también, las razones que llevaron a motivar sus diferenciaciones, venga entonces, su estudio histórico.

### **1.1. Casus Fortuitus y Vis Maior**

---

*aquellas conducta y situación a un elemento extraño, ora, simplemente, por no haber sido culposa*": FERNANDO HINESTROSA, *Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones*, en Externado, N  3, Dic. 1984, p. 49.

<sup>4</sup> MARIO CESAR GIANFELICI, *Caso fortuito y caso de fuera mayor, en el sistema de responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

\* Dig. 19.2.15.2, Dig. 19.2.25.6, Dig. 19.2.36, Dig. 41.2.7, Dig. 4.2.2, Dig. 39.2.24.4, Dig. 39.2.43pr., Dig. 9.2.49.1, Dig. 13.7.30, Dig. 5.1.52.1, Dig. 5.1.36pr., Dig. 29.1.3; CARLOS AUGUSTO CANNATA, *Ricerche sulla responsabilit  contrattuale nel diritto romano*, Giuffr , Milano, 1966; RICARDO CARDILLI, *Imprevisión y peligros contractuales en el sistema jurídico romanístico*, en *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano, bases para un código latinoamericano tipo II*, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 290 s.; RICARDO CARDILLI, *Il ruolo della "dottrina" nella elaborazione del "sistema": l'esempio della "responsabilit  contrattuale"*, en *Roma e America*, Mucchi editore, 1996, p. 79 s.; MARIO CESAR GIANFELICI, *Op. Cit.*; EMILSEN GONZÁLES CANCINO, *Las obligaciones: derecho romano y código civil colombiano*, Universidad Externado de Colombia, 2007; JUAN IGLESIAS, *Derecho Romano, historia e instituciones*, Ariel, Undécima edición, Barcelona, 1994; REINHARD ZIMMERMAN, *The law of obligations*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

*Casus fortuitus* y *vis maior* fueron conceptos distintos según las fuentes romanas<sup>5</sup>; el primero, haciendo referencia a lo imprevisible, el segundo, a lo irresistible<sup>6</sup>. Que permitió entender que la *vis maior* fuera comprensiva de *casus fortuitus*, pero no a la inversa<sup>7</sup>; producto de la evolución que en materia de responsabilidad experimentó el derecho romano<sup>8</sup>; y que tuvo por establecido que la *vis maior* siempre operaba como causa exoneratoria, no parece así para el *casus fortuitus*<sup>9</sup>.

*Vis maior* es concepto definido en el Digesto, o mejor, referido de la siguiente manera:

Ulpiano (D.19.2.15.2.):

“*Si vis tempestatis calamitosae [...] cui resisti non potest...*”

O Paulo (D. 4.2.2.):

“*Vis autem est maioris rei impetus, qui repelli non potest...*”

Es decir, definiciones de *vis maior*, como el evento al que no es posible resistir, sobre el que no puede ejercerse oposición alguna; que alude a una clase especial de fuerza, que se diferencia de cualquiera que se tenga por ordinaria<sup>10</sup>, de cotidiana

---

<sup>5</sup> En el entendido de que *vis maior* era “*cui resistit non potest*” (D.19.2.15.2) y *casus fortuitus* “*id quod nullo humano ingenio praevederi potest*” (D.50.8.2.7).

<sup>6</sup> “*Con dudas y matices puede decirse que, en general, en la consideración de un hecho como caso fortuito la característica que se toma en cuenta es la imposibilidad de preverlo, mientras en la de la fuerza mayor es la imposibilidad de resistirlo.*”: EMILSEN GONZÁLES CANCINO, *Op. Cit.*, p. 235; MARIO CESAR GINAFELICI, *Op. Cit.*, p. 18.

<sup>7</sup> “*La “fuerza mayor”, concepto que hace remisión a la vis maior de las fuentes jurídicas clásicas, expresa una fuerza irresistibile y externa. La fuerza mayor es siempre “caso fortuito, en tanto que no es cierto lo contrario [...] Mientras vis maior tiene, aquí, un valor semántico positivo, casus encuentra su significado negativo, ab origine, en el ámbito de las figuras delictuales, teniéndose como accidental en cuanto involuntario (si modo sciens prudensque id commiserit, si vero casu, ... GAI. Ad XII tab. D. 47, 9, 9), y en una fase sucesiva, en el ámbito de las relaciones obligatorias ex contractu, como aquello que no se ha debido a culpa (vd. Iulian. D. 16, 3, 1, 35; Gai. D. 13, 6, 18 pr; Ulp. D. 50, 17, 23).*” RICARDO CARDILLI, *Il ruolo della “doctrina” nella elaborazione del “sistema”, Op. Cit.*, p. 81.

<sup>8</sup> Nos referimos a la evolución de la *lex aquilia* en el ámbito extracontractual, y la etapa ulterior de responsabilidad *ex contractu*: CARLOS AUGUSTO CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1966; RICARDO CARDILLI, *Il ruolo della “doctrina” nella elaborazione del “sistema”, Op. Cit.*

<sup>9</sup> Caso de las obligaciones *per custodiam*: vd. CARLOS AUGUSTO CANNATA, *Op. Cit.* .

<sup>10</sup> “*Es precisamente, según el Baron, en que el error de Juliano consistía en haber deducido que el custodio no respondía por el daño en virtud de la máxima “custodiam adversus vim parum proficit” (Ner. D. 19, 1, 31 pr.), puesta en relación con el hecho de que el damnum iniuria datum (occidere, urere, frangere, rumpere) implica la vis; sin tener en cuenta el hecho de que no es cualquier fuerza, sino solo la vis maior la que libera al custodio de responsabilidad*”: CARLOS AUGUSTO CANNATA, *Op. Cit.*, p. 63.

ocurrencia<sup>11</sup>, una *cui resisti non potest*, por oposición a la que resulta conforme a la “normalidad” de las fuerzas; la que no es evitable, que resulta irresistible, sobre la cual no puede ejercerse contraposición alguna. Que responde a la factibilidad del cumplimiento, a una circunstancia de imposibilidad absoluta, a una distinción entre *difficultas* e *impossibilitas*<sup>12</sup>; obedeciendo la primera, a consideraciones subjetivas en la posibilidad de cumplimiento, en tanto la segunda (*impossibilitas*), a una circunstancia objetiva, que afecta a toda clase de sujetos ante tal contingencia, *vis maior*.

Es así como, y resaltando la naturaleza de la *vis maior*, la evolución de la responsabilidad romana<sup>13</sup> señaló unos eventos, en que a pesar de la custodia, procedía la liberación por una *vis maior*<sup>14</sup>; y otros, en que en virtud de la misma custodia<sup>15</sup>, se respondía por eventos, en apariencia, ajenos a la conducta del obligado: los del *receptum nautarum* (nauta), del *cauponum* (posadero) y del *stabularium* (dueño del establo):

#### D.4.9.1.

*“Dice el pretor: “Daré acción contra los navieros, mesoneros, y estableros que no restituyan lo que de cualquier persona hubiesen asumido bajo custodia.” (1) Muy grande es la utilidad de este edicto, porque muchas veces es necesario fiarse de ellos y encomendar objetos a su custodia. Y no se piense que este edicto es muy severo con ellos, porque está en su arbitrio el no custodiar nada a nadie; y si no se hubiese establecido así, se daría ocasión para la complicidad con los ladrones en perjuicio de aquellos de quienes reciben algo en custodia, siendo así que ni aun con esto se abstienen ciertamente de tales fraudes (Ulpiano 14 ed.)”*

Particularidad predicable de la responsabilidad por custodia, que como se advierte, fue producto de una evolución casuística al respecto, y que en manera alguna, ha de llevarnos a identificar en un mismo plano *vis maior* y *casus fortuitus*; sentado esto, observamos según nuestro estudio, que el *casus fortuitus* aludió prevalentemente a una ausencia de culpa (D.16.3.1.35.; Gayo. D.13.6.18. pr;

---

<sup>11</sup> CARLOS AUGUSTO CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1966, P. 101.

<sup>12</sup> FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, 2ª ed., 2003, p. 778-779.

<sup>13</sup> “...la evolución de la responsabilidad por custodia, derivada de la posición asumida por Marcelo, es la iniciada en el sentido de establecer cuales eran los daños no evitables, y desarrollada hasta restringir el ámbito de estos daños al de la *vis maior*...” CARLOS AUGUSTO CANNATA, *Op. Cit.*, p.111.

<sup>14</sup> “...mientras el límite de la *vis maior* fue aplicado a la responsabilidad *ex recepto* como atenuación a su absolutez, en la responsabilidad por custodia ello resultó del progresivo entendimiento de su contenido [...]El reflejo técnico de esa solución diversa fue la circunstancia de que, en el caso del *receptum*, el deudor podía invocar en su favor la desaparición por *vis maior* solo con la inserción de una *exceptio* en la fórmula, mientras que de manera convergente aquel que fuera responsable por custodia no tenía necesidad alguna de recurrir a un remedio semejante.[...]por otro lado deja entender que, en el periodo postclásico, las dos formas de responsabilidad debieron ser efectivamente acercadas hasta el punto de la identificación...” CARLOS AUGUSTO CANNATA, *Op. Cit.*, p. 109-110.

<sup>15</sup> MARIO CESAR GIANFELICI, *Op. Cit.*, p.22; CARLOS AUGUSTO CANNATA, *Op. Cit.*, p. 108.

Ulpiano D.50.17.23.), en tanto que la *vis maior*, resultó comprensiva de una gran variedad de fuerzas extrañas, liberadoras diríamos. De manera entonces, que ambos liberaban, pero la razón de la liberación por *casus fortuitus* no era la misma que la de *vis maior*, por que repetimos, no es lo mismo ausencia de culpa (*casus*) que causa extraña (*vis*).

La exoneración por el no cumplimiento, en consideración a una ausencia de culpa responde a lo que modernamente entenderíamos como un régimen subjetivo de responsabilidad; punto sobre el que nos detenemos para hacer la siguiente observación: que la culpa como fundamento de la responsabilidad sólo se observa con claridad en la época de la compilación justiniana, y que ella era la regla general para tal período (teniendo como única excepción el *custodiam praestare*<sup>16</sup>), y que por lo tanto, nuestra acepción al respecto no toma en cuenta épocas distintas a la reseñada (piénsese p. ej. en la clásica). Acotado esto, afirmamos, que el *casus fortuitus* era ausencia de culpa, y en tal manera, evento liberatorio para situaciones que podríamos subsumir dentro de un régimen subjetivo, punto éste, decisivo para su distinción frente a la *vis maior*, que a pesar de ser también un supuesto liberatorio, operaba para cualquier caso.

Sin embargo, aclaramos que el término *casus* es usado de manera ambigua, en razón de la evolución advertida, su función liberatoria se inicia en la época primitiva, de manera particular en el campo penal, y exonerando a agentes culposos, pero que no eran sancionados en virtud de sus infracciones<sup>17</sup> (*nulla poena sine lege*); incluso con clasificaciones entre *casus minor* y *maior* que datan de la época bizantina... es decir, la palabra fue usada de diferentes maneras, y según ellas, con diferentes implicaciones en el tema que nos ocupa. Empero, lo que destacamos, y con remisión a la época de la compilación, en la que nos hemos situado, observamos que el *casus fortuitus* (diferente de otros *casus*), liberaba; y ello si así se demostraba, pues alegarlo sin que prosperara significaba preservar el vínculo, esto es, reconducirse a la regla de la *perpetuatio obligationis*<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> "Los juristas clásicos veían la custodia como un punto que no tenía relación con la culpa (y por ende con la diligencia), pero los juristas de la Compilación, que habían elaborado el tema de la responsabilidad sobre la culpa, obviamente la relacionaron con ella (diligentia in custodiendo), con la consecuente dificultad de interpretación que se presentó, para optar finalmente por considerar el *custodiam praestere* como la excepción a la regla general de responsabilidad.": EDGAR CORTES, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 86.

<sup>17</sup> "Se dio a esta exigente un sentido sumamente amplio, comprensivo de todo aquello que excedía de la intención del agente. Tan lato es el concepto, que en el Derecho Romano primitivo comprendió incluso los hechos culposos los que, por ende, no estaban sancionados penalmente. Es decir, que el caso y la culpa se asimilaban, por lo cual pudo decir el Digesto: *casus idest negligentia*.". MARIO CESAR GIANFELICI, *Op. Cit.*, p. 16. Ello claramente resalta lo que se ha venido señalando, que el fundamento de la responsabilidad romana no fue siempre subjetivo, esto es, no tuvo siempre como referente la culpa, en especial tal prescindencia se verificó en el período clásico.

<sup>18</sup> ALBERTO BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Quarta edizione, UTET, 1993, p. 606.

Siendo así las cosas, y observando el ámbito de operación de la *vis* y el *casus fortuitus*, todo indica que, el *casus fortuitus* era liberatorio en los eventos de responsabilidad subjetiva, mientras que la *vis maior* por su parte, liberaba en cualquiera clase de responsabilidad, objetiva o subjetiva.

En todo caso, *vis maior* y/o *casus fortuitus*, consultaban reglas de posibilidad en el cumplimiento, atendiendo a la disponibilidad de intereses que podría efectuarse, es decir, atendiendo a los límites de la autonomía; pues no existía la posibilidad de obligarse a lo imposible, principio expresado en las máximas: “*impossibilium nulla obligatio est*”<sup>19</sup> y “*casus a nullo praestantur*”<sup>20</sup>. Que además toman en cuenta las consideraciones de la *natura*, la *fides bona* y la *aequitas*<sup>21</sup>; es decir, las consideraciones acerca de la posibilidad natural de las cosas, la buena fe, y la equidad en la ejecución de las prestaciones, con la que se establecen tres pilares, con los que se estructura el futuro de éste fenómeno liberatorio, de lo que modernamente entenderíamos por *fuerza mayor* o *caso fortuito*.

## **1.2. Discusiones doctrinales clásicas**<sup>22</sup>

Discusiones doctrinales clásicas, o mejor, especulaciones clásicas acerca de la naturaleza de uno u otro evento (si es que se asume que existe uno u otro, según la tesis que se siga), que se dieron al estudio de la naturaleza jurídica del *caso fortuito* y la *fuerza mayor* como hechos distintos, o bien (por otro lado), como una identidad jurídica, con denominaciones distintas.

La discusión acerca de la identidad o no, de los conceptos de *caso fortuito* y/o *fuerza mayor* se origina principalmente en Francia, tiene algún eco en la doctrina latinoamericana, y casi ningún alcance en la jurisprudencia civil francesa. Señalando que, la distinción entre los fenómenos, es decir, la tesis dualista, ha sido reconocida y practicada por algunas autoridades judiciales latinoamericanas y europeas, como lo ha sido el Consejo de Estado francés y colombiano, que realizan distinciones entre uno y otro evento, con base en consideraciones de su propia jurisprudencia, y que tienen por origen el recibo de posiciones doctrinales a las que nos referiremos.

Sin embargo, y más allá de las vicisitudes que puedan presentarse en razón de la predilección por una u otra postura, lo único que puede decirse, es que la rama del derecho privado, en general, ha tendido a la elección y uso de la tesis monista; esto es, la de entender ninguna distinción entre *caso fortuito* y *fuerza mayor*, habida cuenta de consideraciones con más acervo normativo, que las de aquellos que aún optan, por distinciones, que no encuentran tal cabida en los códigos de derecho

---

<sup>19</sup> REINHARD ZIMMERMAN, *The law of obligations*, Clarendon Press, Oxford, 1996, P. 809.

<sup>20</sup> RICARDO CARDILLI, *Op. Cit.*, p. 83.

<sup>21</sup> RICARDO CARDILLI, *Imprevisión y peligros contractuales en el sistema jurídico romanístico*, en *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano, bases para un código latinoamericano tipo II*, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 291.

<sup>22</sup> MARIO CESAR GIANFELICI, *Op. Cit.* .MAZEAUD-TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, T. II, Vol. II. Traducción de la quinta edición por Luis Alcalá-Zarzamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.

privado, como tampoco, recibo en el plano internacional del derecho comercial, en donde también ha prevalecido, el reconocimiento de la tesis monista.

### 1.2.1. Tesis dualista

Esta tesis sostiene que existe una diferencia entre los conceptos de *fuera mayor* y *caso fortuito*, estableciendo criterios de diferenciación como (1º) lo natural o lo humano del evento, (2º) su importancia o poca importancia, y (3º) su carácter irresistible o imprevisible. Que en ocasiones pueden llegar a generar una mayor o menor responsabilidad del deudor obligado, que ocasiona liberación en algunos casos (casos 1º, 2º y 3º), o bien, sujeción al vínculo en otros (vertientes que se explican posteriormente).

La primera vertiente de esta tesis (1ª): que distingue entre eventos naturales (*caso fortuito*), y eventos humanos (*fuera mayor*); sostiene que todos los eventos que son producto de la naturaleza corresponden a un *caso fortuito*, los otros, los humanos, son casos de *fuera mayor*. Así mismo, otros señalan que en atención a la importancia del caso (2ª tesis), los de mayor envergadura serían considerados de *fuera mayor*, en tanto que los que le siguen, esto es, los de menor entidad, obedecen a un *caso fortuito*. En tanto que unos últimos (3ª tesis), de acuerdo con lo que ya se ha señalado (sección 2.1.), miran lo imprevisible o lo irresistible del hecho, y con base en ello establecen la distinción entre uno y otro caso.

Distinciones que, como bien advierten sus propios promotores, carecen de interés práctico, y que diferenciamos de otras vertientes dualistas, que pretenden dar alcance a la diferenciación de los eventos eximentes<sup>23</sup>. Tales posturas son dos, básicamente; una primera, (a) que con base en clasificaciones del fenómeno denominado imposibilidad, considera que existen situaciones relativas, *casos fortuitos*, en los que un deudor, un *buen padre de familia*, no puede resistir ciertos eventos, los que resultan atendibles a tal diligencia, imposibilidad relativa, y que libera para tales casos; en tanto que en otros eventos, ni el deudor más diligente podría contrarrestar el fenómeno, y por ello, tal insuceso debe ser considerado como de imposibilidad absoluta, de *fuera mayor*, sobre el que no cabe responsabilidad alguna.

Es decir, según ésta primera vertiente<sup>24</sup>, la imposibilidad relativa y la absoluta son eventos eximentes, frente a los cuales no cabe responsabilidad alguna, que consultan distintos grados de diligencia, y que de alguna manera atenderían a las circunstancias de los deudores; nociones asimilables a las de obligaciones de medio y de resultado, con base en las cuales, en las de medio libera el *caso fortuito*, en tanto que en las de resultado, exonera la *fuera mayor*.

Postura, que nos parece acorde con la distinción histórica, no de recibo en la actualidad, y no por las consideraciones romanas que hemos expuesto, sino bien,

---

<sup>23</sup> MAZEAUD-TUNC, *Op. Cit.*, p. 156.

<sup>24</sup> Los seguidores de esta vertiente serían COLIN, HENRI, CAPITANT y M.L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, según MAZEAUD-TUNC, *Op. Cit.*, p. 156.

por el desarrollo que del *caso fortuito* y la *fuerza mayor* hizo el *Code Civil* sobre la materia, y que con base en los estudios de la doctrina y la jurisprudencia, se señala que a pesar del uso de las dos palabras, el estudio sistemático del cuerpo normativo, permite observar que el legislador no quiso hacer distinciones entre uno y otro caso<sup>25</sup>, sino que ambos son el mismo, y que ambos liberan.

Finalmente, una segunda vertiente<sup>26</sup>, con origen en la teoría del riesgo, mira la exterioridad del asunto, reconociendo en el *caso fortuito*, un evento no eximente, por no ser exterior al obligado, y responder éste por los riesgos creados; y por oposición a este, un caso de *fuerza mayor*, liberador en los eventos exteriores a la actividad de quien los realiza, donde no se asume el riesgo, que tienen siempre el efecto de descargo, en razón de lo extraño del evento.

Asuntos estos, sobre los que consideramos, existe, o bien existió, una proliferación de tesis al respecto, sin que ninguna de ellas haya resultado de recibo por los jueces al momento de proferir sus decisiones, mucho menos de los legisladores al momento de realizar su tarea, en conclusión, distinciones que sólo interesaron a un sector de la doctrina, y sobre el que consideramos, nada trascendieron sobre el concepto de *fuerza mayor* y/o *caso fortuito*.

### 1.2.2. Tesis monista

La tesis monista no reconoce distinción alguna entre uno u otro supuesto, *caso fortuito* y/o *fuerza mayor* son lo mismo, y los efectos del uno y el otro no difieren en nada, como tampoco los elementos que los conforman, pues en ambos existe una identidad conceptual, una idea que se presenta con dos caras, una especie de Jano de las causas exoneratorias.

Se acoge esta tesis, con base en el estudio sistemático que hicieron los seguidores de esta doctrina, en la que se encontró, que en el *Code* no se establecían tales distinciones<sup>27</sup>, así como tampoco las han establecido la jurisprudencia civil francesa y latinoamericana.

## 2. La fuerza mayor y la imposibilidad en el derecho continental europeo

Los sistemas jurídicos de tradición continental, a pesar de su tronco común, y su diferencia con el sistema del *common law*, no han otorgado un tratamiento uniforme a los conceptos sobre los cuales nos hemos pronunciado; por el contrario, han concedido un alcance distinto en cada caso, esto es, han establecido unos elementos que difieren de una legislación a otra.

Lo que quiere decir, que la *fuerza mayor* a la que nos hemos referido, no encuentra elementos idénticos en las distintas legislaciones, pues su alcance en Alemania,

---

<sup>25</sup> *Ídem*, p. 159.

<sup>26</sup> Los seguidores de ésta vertiente serían JOSSERAND y EXNER según MAZEAUD-TUNC, *Op. Cit.*, p. 157.

<sup>27</sup> MAZEAUD-TUNC, *Op. Cit.*, p. 159-160.

Francia, o Italia será diferente; ya que, aun cuando cada uno de los correspondientes ordenamientos tiene supuestos con efecto liberatorio, los elementos que los conforman no son los mismos, si no que atienden a determinadas circunstancias normativas, que en algunos casos resultan comunes, en tanto que en otras ocasiones difieren en tal sentido, y que en esta medida, dan un nuevo alcance al supuesto del “descargo”, porque no operan de la misma manera. Ello todo, sin perjuicio de que encontremos sí, una identidad en las nociones, en la que si bien no hay una “traducción literaria” de los conceptos, se admite una “traducción adecuada” de los supuestos liberatorios. Es decir, los elementos del supuesto liberatorio no son los mismos en todos los ordenamientos, pero algunas veces se asimilan, y los efectos que producen no son idénticos, pero se asemejan.

### 2.1. Force majeure

La *force majeure* es una causa extraña, un evento anónimo<sup>28</sup>, que exonera de responsabilidad (arts. 1147<sup>29</sup> y 1148<sup>30</sup> del *Code Civil*), y que se compone de dos elementos<sup>31</sup>: imprevisibilidad e irresistibilidad; que por regla general extingue las obligaciones<sup>32</sup>, salvo que se trate de una obligación de género, por observarse en esta la regla: *genera non pereunt*. Que se asimila al *cas fortuit* en virtud del tratamiento jurisprudencial en la materia, en el que se ha entendido que se trata de sinónimos, por oposición a la jurisprudencia administrativa del mismo origen, que caracteriza el *cas fortuit* por una ausencia de exterioridad<sup>33</sup>; que se limita a los eventos de responsabilidad del demandado, en los que se verifica una falta de su parte<sup>34</sup> (el riesgo).

Así mismo, frente a la exterioridad, se ha optado por prescindir de ésta<sup>35</sup>, por lo menos en lo que al plano contractual corresponde, y en razón de ello, se procede solo el estudio de los elementos imprevisible e irresistible del hecho, cuando de

---

\* MATHILDE BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, París, 2005; MALAURIE- AYNES, *Droit civil, Les obligations*, CUJAS, 2e. ed. 1990; MAZEAUD-CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations*, T. II, V. I, Monchrestien, 8e. ed., 1991; PHILIPPE LE TORNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, París, 2004; CHRISTIAN LARROUMET, *Droit Civil, Les obligations, Le contrat*, T. III, Economica, 2e. ed., 1990.

<sup>28</sup> MAZEAUD-CHABAS, *Op. Cit.*, p. 657.

<sup>29</sup> Art. 1147. *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.*

<sup>30</sup> Art. 1148. *Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.*

<sup>31</sup> En materia contractual la jurisprudencia francesa ha optado por prescindir del elemento exterioridad, *vd.* PHILIPPE LE TORNEAU, *Op. Cit.*, p. 430; MAZEAUD-CHABAS, *Op. Cit.*, p. 662.

<sup>32</sup> PHILIPPE LE TORNEAU, *Op. Cit.*, p. 425.

<sup>33</sup> PHILIPPE LE TORNEAU, *Op. Cit.*, p. 424.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> MAZEAUD-CHABAS, *Op. Cit.*, p. 662.

ubicarnos en el plano contractual se trata; en los que se busca un carácter absoluto<sup>36</sup>, excluyendo cualquier posibilidad de concurrencia con culpa (*partage de responsabilité*), o de imposibilidad transitoria<sup>37</sup>.

Hay imprevisibilidad (primer elemento), en razón de la imposibilidad absoluta de apreciación del hecho al momento de la celebración del contrato, e inclusive, durante la etapa de formación del mismo<sup>38</sup>, por que las partes no le han podido tener en cuenta, y/o por que cualquier persona en esa circunstancia no habría podido prevenirlo<sup>39</sup>, por que no había una razón particular para pensar en su ocurrencia<sup>40</sup>; y en virtud de ello, se estudia *in abstracto*<sup>41</sup>, según una diligencia media, a la que responde cualquier persona, y de esa manera, atendiendo a un evento inopinado.

Sin embargo, se cierne un gran cuestionamiento: “y ¿no es sabido que no hay nada nuevo bajo el sol?”<sup>42</sup>, y además se observa, como algunos sectores judiciales prescinden de su estudio<sup>43</sup>, es decir, de lo imprevisible, para tomar en cuenta, solo lo irresistible del evento; bastando la verificación de tal y la ausencia de culpa. Pero, sea como sea, es aconsejable tenerlo en cuenta, por que la regla es que se estudie para determinar la constitución de la *force majeure*, en tanto que la excepción a tal regla sería simplemente verificar lo insuperable del hecho; consideración que tiene algunos reparos por quienes defienden lo necesario de los dos elementos<sup>44</sup>.

Teniendo entonces, lo irresistible, como segundo elemento constitutivo de la *force majeure*, que se entiende típicamente por la doctrina y la jurisprudencia, como *insurmontable* (insuperable, insalvable); sobre el que no cabe resistencia alguna (*cui resisti non potest* dirían los romanos), que por regla general resulta de una imposibilidad física o jurídica, nunca de una circunstancia que atienda a consideraciones económicas<sup>45</sup>. Observado bajo los mismos parámetros del elemento imprevisible, esto es, *in abstracto*, y que responde así, al fundamento estructural de esta causa exoneratoria<sup>46</sup>, que es, como se ha venido señalando, una imposibilidad absoluta.

---

<sup>36</sup> PHILIPPE LE TORNEAU, *Op. Cit.*, p. 425.

<sup>37</sup> CHRISTIAN LARROUMET, *Op. Cit.*, p. 761. A pesar de esto, algún sector de la doctrina considera que, es posible la atribución de efectos suspensivos de las obligaciones para tales eventos: vd. MALAURIE- AYNES, *Op. Cit.*, p. 451.

<sup>38</sup> *Ídem*, p. 659.

<sup>39</sup> MATHILDE BOUTONNET, *Op. Cit.*, p. 482.

<sup>40</sup> PHILIPPE LE TORNEAU, *Op. Cit.*, p. 428; MAZEAUD-CHABAS, *Op. Cit.*, p. 659.

<sup>41</sup> CHRISTIAN LARROUMET, *Op. Cit.*, p. 757.

<sup>42</sup> MAZEAUD-TUNC, *Op. Cit.*, p. 178

<sup>43</sup> PHILIPPE LE TORNEAU, *Op. Cit.*, p. 429.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> MATHILDE BOUTONNET, *Op. Cit.*, p. 489.

<sup>46</sup> Además de entenderse como causa exoneratoria, un sector de la doctrina entiende este supuesto como un caso de ausencia de causalidad: vd. PHILIPPE LE TORNEAU, *Op. Cit.*, p. 425.

En fin, la *force majeure*, en tanto reúna sus elementos constitutivos, exonera; y exonera totalmente, no parcialmente, por que no concurre con otras causas, y por que no suspende la ejecución de la obligación debida; el motivo, su entendimiento como causa extraña, esto es, que su procedencia no obedece a culpa alguna, o bien, que no concurre con esta, que se ve descartada por ella.

Generando distinciones en lo que al *onus probandi* se refiere en materia de obligaciones de medios y de resultados, y que resumimos en el sentido de que en tratándose de obligaciones de medio, puede haber una culpa del deudor no cumplido, sin que ello implique, la imposibilidad de la liberación de éste; pues podrá exonerarse, toda vez que demuestre que la causa real y efectiva de su no cumplimiento, se debió a causa extraña<sup>47</sup>, sobre la que se advierte, no interfirió su culpa<sup>48</sup>, es decir, hubo culpa, pero que entre esta culpa, y el evento con fuerza liberatoria, no existe ningún vínculo, el no cumplimiento tuvo como origen un evento anónimo, irresistible, e imprevisible, que no concurre con ella.

Considerando valioso entonces, el aporte del ordenamiento jurídico francés, resaltamos las oportunas consideraciones sobre las que nos hemos referido, es decir, sobre la incidencia de la culpa en la producción de un hecho, esto es, en descartar la responsabilidad, en tanto exista ausencia de causalidad entre su producción y la culpa del deudor no cumplido, y sí verificándose causalidad entre la causa extraña y el no cumplimiento, es decir, *ad impossibilia nemo obligatur*. Por otro lado, rescatamos la flexibilidad del estudio de los elementos de la *force majeure* por parte de algunos sectores judiciales, y de la doctrina; a la vez que, disentimos del tratamiento de la *force majeure* en el plano contractual y extracontractual, y sobre el que no nos pronunciamos, por no ser éste el espacio pertinente para expresarnos respecto a la distinción entre responsabilidades contractuales y extracontractuales, es decir, a la clasificación del régimen según la fuente.

## **2.2. Forza maggiore e impossibilità sopravvenuta\***

El actual *Codice Civile*, esto es, el de 1942, en su art. 1256<sup>49</sup> establece la extinción de la obligación en razón de una imposibilidad no imputable a una de las partes;

---

<sup>47</sup> CHRISTIAN LARROUMET, *Op. Cit.*, p. 752.

<sup>48</sup> Habría que aclarar, que causa extraña, implica descartar toda clase culpa, y hacer esto a su vez, descartar la mora: vd. CHRISTIAN LARROUMET, *Op. Cit.*, p. 762.

\* MATTEO AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2002; C. MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile, La responsabilità*, T. V, Giuffrè, Milano, 1994; *Enciclopedia del diritto*, T. VI, Giuffrè, 1981 ; PIETRO RESCIGNO, *Tratatto di diritto privato*, T. I. UTET, 1986; ALBERTO TRABUCHI, *Istituzioni di diritto civile*, CEDAM, Padova, 1989.

<sup>49</sup> Art. 1256 Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea. *L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile.*

*Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla.*

entendida como causa extraña, con fuerza liberatoria, que comprende los eventos de *forza maggiore* o *caso fortuito*, previstos en tal forma por el anterior *Codice Civile* (arts. 1225 y 1226 del código de 1865). Previsión normativa (la del actual código), que se aparta del concepto francés de *force majeure* (acogido sí, por el código de 1865), y que toma en tal medida, uno más amplio, en el que se subsume la noción de *forza maggiore*, asimilada al *caso fortuito*, y les convierte en partes de la denominada *impossibilità sopravvenuta*.

Al igual que en el ordenamiento francés, *forza maggiore* implica imposibilidad absoluta, y en ese sentido, congruencia con la verificación de la *diligentia diligentis patris familia*<sup>50</sup>, que excluye a su vez la *difficultas praestandi*<sup>51</sup>. Esto es, que la imposibilidad debe ser: *objetiva, sobrevenida e inevitable*; en el entendido de que lo *objetivo* se desliga de las consideraciones subjetivas de posibilidades del deudor; *sobrevenida*, en tanto no debe confundirse con una imposibilidad originaria; e *inevitable*, por que se ha constatado la presencia de una causa extraña: *forza maggiore o caso fortuito*<sup>52</sup>.

Identificándose además, dentro de esta forma de extinción de las obligaciones (*impossibilità sopravvenuta*), dos presupuestos: la causa no imputable y la imposibilidad sobreviviente<sup>53</sup>; producto del tratamiento que otorga la doctrina a la disposición contenida en el art. 1218<sup>54</sup> del *Codice*, y que atribuye al citado artículo, un significado sujeto a dos presupuestos. El primero, entendido como el supuesto de liberación del deudor por la prueba de la diligencia debida<sup>55</sup>; que modernamente se entiende con referencia al comportamiento contractual correspondiente<sup>56</sup>, lo mismo que, con alusión a las reglas técnicas no codificadas<sup>57</sup>, o a las reglas profesionales. El segundo, como una *imposibilidad efectiva*, que atiende a la naturaleza de la prestación<sup>58</sup>, lo mismo que una apreciación de la exigibilidad de la misma, compaginada con un juicio de buena fe, en el sentido de eliminar o reducir la responsabilidad del deudor en tanto resulte en contravención del juicio de corrección<sup>59</sup>, esto es, una valoración conforme a los elementos *natura, fides bona y aequitas*<sup>60</sup>.

---

<sup>50</sup> *Enciclopedia del diritto*, VI, Giuffrè, 1981, p. 378.

<sup>51</sup> MATTEO AMBROSOLI, *Op. Cit.*, p. 224 ss; PIETRO RESCIGNO, *Op. Cit.*, p. 169.

<sup>52</sup> ALBERTO TRABUCHI, *Op. Cit.*, p. 556-557.

<sup>53</sup> PIETRO RESCIGNO, *Op. Cit.*, p. 158.

<sup>54</sup> Art. 1218 Responsabilità del debitore. *Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.*

<sup>55</sup> "...evento que el deudor no podía evitar con la diligencia de un buen padre de familia...": PIETRO RESCIGNO, *Op. Cit.*, p. 173.

<sup>56</sup> MATTEO AMBROSOLI, *Op. Cit.*, p. 235.

<sup>57</sup> *Ídem*, p. 166.

<sup>58</sup> *Ídem*, p. 168.

<sup>59</sup> *Ídem*, p. 168-172.

<sup>60</sup> En este mismo sentido encontramos el art. 2. -1. del Libro 6º del Código Civil Holandés: "El acreedor y el deudor están obligados a comportarse mutuamente con la exigencias de la razón y la equidad": JUAN GUILERMO REIGERSBERG VERSLUYS, *Derecho patrimonial neerlandés*, Gráficas Urania, Málaga, 1996.

La *impossibilità sopravvenuta* es objetiva y absoluta, que se repite, consulta la particular diligencia correspondiente al tipo de prestación correspondiente (*natura*), y en virtud de ella, extingue la obligación o, en tratándose de obligaciones bilaterales, genera la resolución del contrato (dejando de lado el evento de una imposibilidad parcial al respecto); anotando, que cuando se verifica la *impossibilità sopravvenuta*, se exige que no exista la mora<sup>61</sup>, ya que en tal caso, se entiende la estabilidad del vínculo, no obstante su *impossibilità sopravvenuta*<sup>62</sup> (por que ha mediado culpa).

Por otro lado, a diferencia del ordenamiento francés, el italiano admite la imposibilidad transitoria, en virtud de que el citado art. 1256 del *Codice*, con base en el cual se admite la extinción de la obligación, bajo el supuesto de que el acreedor pierda el interés en la consecución de la prestación debida, en razón de un plazo esencial para la ejecución de lo debido; y que no se asimila, como ya se ha señalado, al tratamiento otorgado a las obligaciones bilaterales, en las que procede el efecto resolutorio, y se asimila, según la doctrina<sup>63</sup>, a los efectos de una imposibilidad parcial, que solo libera en la proporción correspondiente, la afectada por ésta<sup>64</sup>.

Por último, y con el fin de destacar otra diferencia entre el tratamiento de uno u otro ordenamiento; es que la imprevisión como elemento de la *forza maggiore* o *caso fortuito*, se ha entendido con referencia a lo evitable, a si se pusieron en marcha los medios para la evitación del insuceso, de verificar si realmente se evito desde todos los aspectos, esto es, los medios que la ley requiere para la prevención del hecho<sup>65</sup>, y si además, como se ha advertido, los mecanismos otorgados en virtud del título<sup>66</sup>, permitían aducir la irresistibilidad del hecho.

Someramente visto el tratamiento por parte de éste ordenamiento, resaltamos lo aportes italianos, esto es, el de valorar la imposibilidad con relación a los medios que ofrece el contrato para hacerle frente a las circunstancias que serán valoradas o no como imposibles, además de las particularidades que pueden acompañar a ciertos deudores (el ejemplo puntual del profesional, de quien se exige aun mayor previsión y resistencia). Tales consideraciones, no pueden ser menos que necesarias a la hora de observar la verdadera irresistibilidad de un hecho que afecta el cumplimiento, acertado es pues, que se establezcan parámetros para lograr concebir distinciones.

---

<sup>61</sup> Vd. pie de página no. 39.

<sup>62</sup> MATTEO AMBROSOLI, *Op. Cit.*, p. 231.

<sup>63</sup> *Ídem*, p. 242.

<sup>64</sup> Anotando, que para tales casos, existen remedios particulares, tales como la reducción proporcional de la prestación o el desistimiento del contrato en virtud del desinterés que ocasionaría un cumplimiento parcial del mismo: LINA BIGLIAZZI GERI, *Derecho civil*, T. 1, V. 2, Traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 1090-1091.

<sup>65</sup> *Enciclopedia del diritto*, VI, Giuffré, 1981, p. 385.

<sup>66</sup> MATTEO AMBROSOLI, *Op. Cit.*, p. 235.

### 2.3. Unmöglichkeit

El § 275<sup>67</sup> del BGB establece la liberación por imposibilidad cuando ella es la causa del no cumplimiento, que afecta a cualquiera persona, o solo a la del deudor; debido a que, con motivo de lo imposible (*unmöglich ist*), no existe cumplimiento exigible. La disposición anterior a la reforma de 2001, por su parte, distinguía entre *unmöglichkeit* (imposibilidad objetiva) y *unvermögen* (imposibilidad subjetiva) como supuestos de no responsabilidad, teniendo como antecedente doctrinario, las distintas teorías que sobre la imposibilidad elaborase Friederich Mommsen en su obra<sup>68</sup>; quien distinguió entre la imposibilidad inicial y sobreviviente, natural y legal, absoluta y relativa, objetiva y subjetiva, permanente y temporal, completa y parcial, y aparente y real<sup>69</sup>. Teorías acerca de la posibilidad del cumplimiento, que devendrían en otro tipo de figuras, como lo son la alteración de la base contractual (*wegfall des geschäftsgrundlage*<sup>70</sup>), lo mismo que la imposibilidad económica (*wirtschaftliche unmöglichkeit*<sup>71</sup>); a las que no habremos de hacer profunda referencia, en virtud de que simplemente nos circunscribiremos a la *unmöglichkeit* y la *unvermögen* (dado que el nuevo artículo, no erradico la distinción entre uno y otro supuesto<sup>72</sup>).

El § 242<sup>73</sup> del BGB por su parte, al igual que en otros códigos<sup>74</sup>, y también con ocasión del desarrollo experimentado por *Codice Civile*<sup>75</sup>, establece que la

---

\* EMILIO BETTI, *Système du code civil allemand*, Giuffrè, Milano, 1965; CLAUD-WILHEM CANARIS, *Il significato di una regolamentazione generale dell'obbligazione*, en *I centi anni del codice civile Tedesco in germania e nella cultura giuridica italiana*, CEDAM, 2002; EHMANN-SUTSCHET, *La reforma del BGB*, Universidad Externado de Colombia, 2006; RAMSEYER-NAKAZATO, *Japanese law, an economic approach*, The University of Chicago Press, Chicago, 1999; HIROSHI ODA, *Japanese law*, Oxford University Press, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, 1999; REINHARD ZIMMERMAN, *The law of obligations*, Clarendon Press, Oxford, 1996; REINHARD ZIMMERMAN, *The new german law of obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

<sup>67</sup> § 275 Ausschluss der Leistungspflicht \*)

(1) *Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.*

(2) *1Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. 2Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat.*

(3) *Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann.*

(4) *1Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326.*

<sup>68</sup> *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf abligatorische verhältnisse* (1853).

<sup>69</sup> REINHARD ZIMMERMAN, *The law of obligations*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 810.

<sup>70</sup> MATTEO AMBROSOLI, *Op. Cit.*, p. 239.

<sup>71</sup> *Ídem*, p. 240.

<sup>72</sup> En efecto, se mantiene la distinción, pues el numeral primero del § 275 establece: "(1) *Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.*"

<sup>73</sup> § 242 Leistung nach Treu und Glauben

prestación es exigible conforme al ejercicio de la buena fe (*treu und glauben*)<sup>76</sup>, esto es, con observancia de la salvaguardia del interés de la contraparte, lo mismo que a la lealtad debida<sup>77</sup>, verificando identidad con la denominada *imposibilidad efectiva* del derecho italiano, sobre la cual nos hemos referido (sección 3.2.). Y que en virtud de ella, admite solo pretensiones de ejecución conformes a la *fides bona*, y en tal medida, liberación para los eventos de *dificultad extraordinaria*<sup>78</sup> (*unvermögen*), que se asimila en sus efectos a la *unmöglichkeit* en virtud del § 275, y que a diferencia de ésta, no libera automáticamente, sino que deja al deudor la oportunidad de cumplir voluntariamente<sup>79</sup> la prestación debida.

Así entonces, diríamos a *contrariu sensu*, tendremos que la *unmöglichkeit* libera automáticamente, aún en contra de la voluntad del deudor, y que en manera alguna es imputable a éste<sup>80</sup> (tampoco lo es la *unvermögen*); de forma que se extingue el vínculo por regla general, sin perjuicio de que existan unas posibles excepciones. Como son los casos de la obligaciones de género, donde como ya se ha señalado, opera la regla de *genera non pereunt*, o de los eventos de obligaciones reciprocas, donde no opera una exoneración en todo sentido, por que el acreedor también se

---

*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*

<sup>74</sup> Art. 2. -1. del Libro 6º del Código Civil Holandés: “El acreedor y el deudor están obligados a comportarse mutuamente con la exigencias de la razón y la equidad”.

<sup>75</sup> Además del presupuesto de exigibilidad conforme a la *fides bona*, se encuentra que el § 275 y el art. 1226 del *Codice*, tuvieron desarrollos similares, por que no habrá de olvidarse la recepción del derecho alemán que se palpa en derecho italiano, sino que también habrá de resaltarse, la asimilación que dieron estos dos ordenamientos a eventos de onerosidad excesiva con la imposibilidad absoluta, y que en tal medida, se diferencian del tratamiento que recibirían los efectos adversos de la posguerra en otros ordenamientos, como es el caso del francés, donde siempre se sostuvo la diferencia entre los supuestos de *force majeure* e *imprevisión*: vd. MATTEO AMBROSOLI, *Op. Cit* y LUDWIG ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, Traducción de la 35ª. Edición alemana por Blas Pérez Gónzales y José Alguer, V. I., T. II, Bosch, 1947.

<sup>76</sup> Con base en eso, se admite la imposibilidad económica liberatoria: “(L)a doctrina de imposibilidad de cumplimiento también se ha referido a casos en que, debido a una guerra o la escasez de bienes, el costo se ha vuelto prohibido. Entonces, si los costos, exceden los precios estipulados en el contrato por las partes, la ejecución será imposible; advertido, sin embargo, que el cumplimiento resultaría en la ruina financiera del deudor”: JACK BEATSON- DANIEL FRIEDMANN, *Good faith and fault in contract law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 181.

<sup>77</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, T. III, Giuffré, Milano, 2000, p. 423.

<sup>78</sup> “El ejemplo paradigmático es el del anillo (valor € 100) que cae al lago después de que ha sido vendido, pero antes de ser transferido al comprador. El costo del drenaje del lago y la recuperación del anillo tendría un valor de € 100.000. Sería claramente irrazonable esperar del deudor el incurrir en semejantes gastos, dado el interés del acreedor que consiste solo en €100, que en el ejemplo, es el valor del objeto.”: JACK BEATSON- DANIEL FRIEDMANN, *Op, Cit.*, p. 175.

REINHARD ZIMMERMAN, *The new german law of obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 45.

<sup>79</sup> LUDWIG ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, Traducción de la 35ª. Edición alemana por Blas Pérez Gónzales y José Alguer, V. I., T. II, Bosch, 1947, p. 237.

<sup>80</sup> En este mismo sentido, en el código civil japonés, se exige que no medie culpa alguna: vd. HIROSHI ODA, *Japanese law*, Oxford University Press, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, 1999, p. 170.

libera, sino que éste tiene la posibilidad de repetir la prestación ya ejecutada al deudor liberado, mediante el concepto de enriquecimiento injusto<sup>81</sup>, o una resolución del contrato<sup>82</sup>; que en todo caso, no desfigura el efecto liberatorio de la imposibilidad objetiva.

Por otro lado, y en razón de las diferentes clasificaciones de imposibilidad alemana, se admiten eventos de imposibilidad temporal con efecto suspensivo durante su duración, y liberatorio en caso de que sean de una entidad demasiado prolongada<sup>83</sup>; como también, los eventos en los que existe un plazo esencial para el cumplimiento, donde la imposibilidad pasajera se asimila a la definitiva, y en los que el remedio no es otro que la resolución del contrato<sup>84</sup> (en tal caso no coincide estrictamente con el simple efecto liberatorio). Por lo mismo, es decir, de las clasificaciones de la imposibilidad; se admiten imposibilidades parciales, que se asimilan en su trato a lo señalado en el ordenamiento italiano<sup>85</sup> (efecto liberatorio parcial), como también, que se entienda que las prestaciones que aun resultan posibles, pero de una calidad inferior a la establecida, admiten el tratamiento de las imposibles<sup>86</sup> (asimilación con la pérdida de interés del acreedor).

La *unmöglichkeit* del § 275, en virtud de la reforma del BGB, asimila los casos de imposibilidad originaria y sobrevenida<sup>87</sup>, y en tal medida se aparta del resto de sistemas continentales, donde opera la regla de la liberación por la imposibilidad sobrevenida, y de la inexistencia de la obligación afecta por una imposibilidad originaria. Que permite hacer distinciones al respecto, pues los elementos que componen la obligación, esto es, *débito* y *responsabilidad*, se verifican de maneras distintas en uno y otro tema; ya que en tratándose de una imposibilidad originaria, no se verifica ninguno de estos elementos, en tanto en la imposibilidad sobrevenida, existe un *debito*, pero no una *responsabilidad*.

Consideramos, que los aportes de la doctrina alemana, pero en especial, la jurisprudencia, que ha dado flexibilidad al § 275, es un gran adelanto en lo concerniente a la *fuerza mayor* como causa exoneratoria, definitivamente, la liberación por imposibilidad temporal o pérdida del interés del acreedor, son contribuciones que amplían la noción de causa exoneratoria, y que no resultan desdeñables, en el sentido de consultar el interés de las partes inmersas en un contrato afectado por una serie de imprevistos. Además de ello, la incidencia de la buena fe en la exigibilidad de las prestaciones, en casos, en que a pesar de no tratarse de circunstancias de imposibilidad absoluta, si se trata de una imposibilidad relevante, que comporta una circunstancia de imposibilidad para el deudor, en la

---

<sup>81</sup> Ídem, p. 239.

<sup>82</sup> “El derecho a la resolución es, sin embargo, limitado a casos de incumplimiento material donde la ejecución del contrato sería irrazonable a la luz de la doctrina de la buena fe.”:

<sup>83</sup> Ídem, p. 241.

<sup>84</sup> Ídem, p. 242.

<sup>85</sup> En realidad es el ordenamiento italiano el que asimila en su tratamiento de este evento al alemán.

<sup>86</sup> Ídem, p. 245.

<sup>87</sup> EHMANN-SUTSCHET, *Op. Cit.*, p. 41; REINHARD ZIMMERMAN, *The new german law of obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 44.

medida en que el interés del acreedor en el cumplimiento de la prestación, no se compagina con el sacrificio demandado de éste último (el deudor), la ejecución de una prestación que supera sus posibilidades es a todas luces, o en gran medida, inaceptable, tal rechazo de la exigibilidad en virtud de la buena fe, es definitivamente un notable desarrollo, que hemos de exaltar por parte de la jurisprudencia alemana.

### **3. La fuerza mayor en Colombia**

El concepto de la *fuerza mayor* en Colombia no ha sido ajeno a la influencia extranjera, si se quiere, solo a una de ellas, la francesa; con apego a los elementos desarrollados por ésta jurisprudencia, pero que anotamos, nos parece ha sido víctima de una abstención actualizadora, en razón de no haberse presentado diferenciación alguna entre asuntos contractuales y extracontractuales, pues en ambos, los requisitos son los mismos: imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad *grosso modo*, y en otros eventos, elementos redundantes, que no hacen más que verificar lo mismo. La sala civil no ha modificado su jurisprudencia respecto al tema en todo un siglo, desde la posición dada por la Corte de Oro de los treinta, casi ninguno ha sido el análisis innovador acerca de la procedencia de esta fuerza liberadora, como tampoco un posible intento por la actualización del evento exoneratorio.

No es la influencia extranjera injustificada en la jurisprudencia, ni una importación de conceptos por estar a la moda, sino la adecuación del ordenamiento a las exigencias sociales actuales, reales, y no a la realización de una justicia inconsulta de los fenómenos sociales que se desarrollan; por que si bien las bases para el estudio de este supuesto exoneratorio han sido correctas, el desarrollo de las mismas, en lugar de generar una admisión comprensiva de circunstancias liberatorias, no ha generado sino una verdadera imposibilidad liberatoria.

En fin... a continuación aportamos los desarrollos doctrinales, y las posiciones jurisprudenciales respecto al tema, y finalmente, sentamos una posición innovadora respecto al mismo, que toma en cuenta los principales desarrollos internacionales, a la vez que un nuevo redimensionamiento del concepto.

#### **3.1. Posiciones doctrinales\***

La doctrina, como siempre, atenta del desarrollo conceptual de los ordenamientos, y en ocasiones, con observancia de la dinámica social de los mismos, ha sido la principal propulsora de los cambios e innovaciones en los diferentes sistemas, ella ha sido la artífice de la atribución de nuevos significados a los conceptos, de nuevas perspectivas. Gracias a ella se ven nuevas aristas donde la vista era nublada, se pasa de situaciones indefinidas a concretas, de la posición anacrónica a la de vanguardia.

---

\* FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, 2ª ed., 2003 ;GUILLERMO OSPINA FERNANDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, Temis, Bogotá, 1980; JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *De la responsabilidad civil*, T. I, V. 2, Temis, Bogotá, 1996.

Destacamos entonces la posición de Hiestrosa<sup>88</sup>, quien desarrolla el tema de la imposibilidad sobrevenida como modo extintivo de la obligación, comprensivo de la *fuera mayor* y el *caso fortuito*; la imposibilidad como límite del compromiso del deudor<sup>89</sup>, que se compone de los elementos señalados por la doctrina italiana<sup>90</sup> (sección 3.2), sobre el que se hace énfasis en lo inevitable; y que además, se identifica con la imposibilidad sobrevenida, física y jurídica<sup>91</sup>. Tomando también la viabilidad de la *partage de responsabilité*, en virtud de una crítica a la jurisprudencia francesa, por considerar que ésta confundió la concurrencia de culpas, al otorgar una dimensión indebida a la teoría de la *conditio sine qua non*; y recurriendo, en lo que a las prestaciones bilaterales se refiere, a las ya señaladas soluciones del derecho civil alemán e italiano.

Autores como Tamayo<sup>92</sup>, optan por una posición de corte más francés al respecto, señalando que siempre se requieren los elementos imprevisible, irresistible y no imputable al deudor (exterioridad) para la constitución de la *fuera mayor* o el *caso fortuito*<sup>93</sup>; además de la referencia, de la predicación de lo irresistible o lo imprevisible, no a la causa de fenómeno, sino de los efectos del mismo: características que se deben buscar en el efecto del fenómeno<sup>94</sup>. Y resalta la distinción probatoria entre la causa extraña y la ausencia de culpa, advirtiendo que la prueba de la causa extraña, resulta idónea para la acreditación de la característica de la no imputabilidad del evento de *fuera mayor* o *caso fortuito*, en la medida en que descarta cualquiera otra causa, a diferencia de la ausencia de culpa, que no permite que se descarten algunas causas; por que la causa extraña excluye cualquiera otra posibilidad causa, en tanto que la ausencia de culpa<sup>95</sup>, si bien excluye una causa, no las excluye todas, y en tal medida, pueden permanecer algunas que resulten imputables al deudor interesado, y siendo esto, no excluyendo la imputabilidad del respectivo<sup>96</sup>.

Otros autores, como Ospina<sup>97</sup>, se limitan al desarrollo de los elementos imprevisible e irresistible para la estructuración del elemento extraño, liberatorio; acudiendo a posiciones jurisprudenciales, destacadas también por los autores anteriormente mencionados, que coinciden con el desarrollo de los sistemas continentales, en el sentido de la estructuración del evento extraño, en tanto se verifique la concurrencia de todos los respectivos elementos, cualquiera que ellos sean; en el caso colombiano, lo irresistible y lo imprevisible, al lado de la no imputabilidad del *casus*. Advirtiendo, que la apreciación de lo imprevisible, se mira en el caso concreto, y que en esa medida, descarta su confusión con una imprevisión del tipo

---

<sup>88</sup> FERNANDO HINESTROSA, *Op. Cit.*, p. 765- 796.

<sup>89</sup> Ídem, p. 775.

<sup>90</sup> Ídem, p. 779.

<sup>91</sup> Ídem, p. 776.

<sup>92</sup> JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *Op. Cit.*, p. 315- 346.

<sup>93</sup> Ídem, p. 319.

<sup>94</sup> Ídem, p. 330-331.

<sup>95</sup> Se demuestra con la diligencia según el autor mencionado.

<sup>96</sup> Ídem, p. 324-325.

<sup>97</sup> GUILLERMO OSPINA FERNANDEZ, *Op. Cit.*, p. 145 – 150.

económico, que según él, “mina la seguridad de los actos jurídicos y del comercio”<sup>98</sup>.

### 3.2. La jurisprudencia civil

---

<sup>98</sup> Ídem, p. 149.

\* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de noviembre de 1999; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de octubre de 1998, M.P. José Fernando Ramírez Gómez; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de febrero de 1998, M.P. Rafael Romero Sierra; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de octubre de 1993, M.P. Rafael Romero Sierra; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 20 de noviembre de 1989, M.P. Alberto Ospina Botero; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 20 de octubre de 1988, M.P. Eduardo García Sarmiento; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de diciembre de 1987, M.P. Eduardo García Sarmiento; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 6 de agosto de 1985, M.P. Horacio Montoya Gil; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 31 de mayo de 1965, T. CXI, p. 126, 1ª; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 31 de mayo de 1965, T. CXI, p. 127, 1ª y 2ª; Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 18 de noviembre de 1963, T. CIII, p. 731 y 732, 1ª y 2ª, 2ª; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de noviembre de 1962, p. 163-1ª; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de diciembre de 1962, p. 282-2ª; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de diciembre de 1961, T. XCVIII, p. 224, 2ª; Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 22 de julio de 1959, No. 2214; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de abril de 1956, T. LXXXII, Nos. 2165-2166; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de noviembre de 1955, T. LXXXI, Nos. 2160 y 2161; Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 30 de mayo de 1953, T. LXXV, No. 2129; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de Noviembre de 1951, T. LXX, No. 2107-2108; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de junio de 1951, T. LXIX, No. 2100 y 2101; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de abril de 1951, T. LXIX, p. 555; Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 6 de abril de 1951, T. LXIX, No. 2099; Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 5 de agosto de 1949, T. LXVI, 2077-2078; Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 3 de agosto de 1949, T. LXVI, 2075-2076; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de mayo de 1948, T. LXIV, 2062-2063; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de mayo de 1948, T. LXIV, 2060-2061;; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de agosto de 1947, T. XLII, Nos. 2050, 2051; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de mayo de 1947, T. LXII, Nos. 2048, 2049; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de septiembre de 1946, T. LXI, Nos. 2040-2041; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de septiembre de 1945, T. LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de marzo de 1943, T. LV, Nos. 1996 y 1997; Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 31 de agosto de 1942, T. LIV, Nos. 1989 y 1990; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 40 de mayo de 1941, T. LI, Nos. 1973 y 1974; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de diciembre de 1936, T. XLIV, Nos. 1920 y 1921; Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 30 de noviembre de 1936; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de mayo de 1936, T. XLIII, Nos. 1909 y 1910; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de julio de 1935, T. XLII, No. 1897; Corte Suprema de

La jurisprudencia civil respecto al tema de la *fuerza mayor* ha sido prevalentemente uniforme, esto es, ha mantenido una posición casi inamovible respecto al tema, con algunos matices respecto de ciertos elementos constitutivos<sup>99</sup>, que más allá de generar nuevas perspectivas, ha permitido ahondar en la descripción de los elementos constitutivos de la exoneración<sup>100</sup>, su precisión y no su actualización con las tendencias jurídicas modernas, ha sido la regla. En una línea jurisprudencial casi invariable<sup>101</sup>, en la que en algunos casos se usan uno u otro adjetivo para los mismos conceptos, y en otros se “modifican”<sup>102</sup>, sin que al final se produzca alteración alguna<sup>103</sup>; siempre se requerirá que se acredite la existencia de un acontecimiento (i) inimputable, (ii) no culpable, (iii) imprevisible, y en último término, (iv) irresistible<sup>104</sup>.

Un evento, que con las mencionadas características, estructura la teoría jurisprudencial colombiana, asimiladora de la *fuerza mayor* y el *caso fortuito*<sup>105</sup>; que reconociendo el carácter más *científico*<sup>106</sup> del legislador de 1890, observó que el reemplazo de la conjunción O por la preposición A, por la que hoy en día se lee el art. 64<sup>107</sup> del Código Civil, como el “*el imprevisto a que no es posible resistir*”,

---

Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de junio de 1932, T. XLI, No. 1892; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de marzo de 1920.

<sup>99</sup> Modificaciones sin mayor eco, pues en sentencia del 9 de diciembre de 1936, se establecieron como elementos constitutivos de la *fuerza mayor* o el *caso fortuito* lo siguientes elementos: imprevisión, inevitabilidad e imposibilidad de cumplir la obligación; cabiendo preguntarse, ¿cuál el alcance del tercer elemento?, ¿no resulta redundante?, y además, ¿hasta dónde la variación respecto del *caso líder* del 5 de julio de 1935?.

<sup>100</sup> “*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*”: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de septiembre de 1945, T. LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024.

<sup>101</sup> Caso líder: sentencia del 5 de julio de 1935.

<sup>102</sup> Vd. pie de página no. 83.

<sup>103</sup> Resulta curioso encontrar sentencias del mismo año, en las cuales se señalan los elementos inimputable, irresistible e imprevisible comúnmente, en tanto que una de ellas, se añade el elemento de imposibilidad absoluta, como si se tratará de un requisito distinto de los mencionados: vd. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 13 de noviembre de 1962, y del 13 de diciembre de 1962.

<sup>104</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de julio de 1935, T. XLII, No. 1897.

<sup>105</sup> La jurisprudencia ha tenido por sentado la asimilación de los conceptos de *fuerza mayor* y *caso fortuito*; pero fue con ocasión de una discusión acerca del texto del art. 922 del Código de Comercio, que tuvo la oportunidad de reiterar la tesis monista, al expresar que el caso fortuito requiere de los mismo elementos de estructuración de la *fuerza mayor* para que proceda con fuerza liberatoria, no obstante la concepción no-unitaria del art. 922 del referido código: vd. Sentencia del 20 de noviembre de 1989 de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>106</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de mayo de 1936, T. XLIII, Nos. 1909 y 1910.

<sup>107</sup> ARTICULO 64. Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 95 de 1890. *Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*

encontró en tal disposición, los caracteres de la *fuerza mayor* o *caso fortuito*<sup>108</sup>, esto es, lo imprevisible y lo irresistible. En consecuencia, no habrá estructuración del supuesto, en tanto que no concurren todos sus elementos, y sin perjuicio de que en ocasiones, la imprevisión se observe como una clase de culpa<sup>109</sup> (por no decir que las más de la veces), y en esa medida, se excluya toda oportunidad de *caso fortuito* (por verificarse la culpabilidad de quien pretende hacer valer el supuesto liberatorio).

Por que la jurisprudencia siempre ha tenido presente que no existen hechos en sí mismos constitutivos de *caso fortuito*, ya que el simple naufragio, terremoto, apresamiento de enemigos, o los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, no producen *per se* la extinción del vínculo; se requiere siempre, de la verificación de los elementos constitutivos, de aquellos que emanan del análisis del caso concreto:

*“Una orden judicial siempre constituye un acontecimiento al cual no es posible resistir; pero es indispensable conocer los motivos en que se apoya para saber si en otras condiciones diferentes de aquellas en que fue dictada podía ser proferida”*<sup>110</sup>.

O el caso de una ordenanza, que impedía la ejecución de un contrato, sobre el cual la Corte se pronunció de la siguiente manera:

*“Ningún acontecimiento en sí mismo constituye fuerza mayor o caso fortuito liberatorio con respecto a una determinada obligación contractual”*<sup>111</sup>.

O sobre el incendio:

*“Se tiene, pues, que para exonerarse de responsabilidad, el porteador en caso de incendio, debe probar: 1º- Que ese hecho no ha ocurrido por su culpa. 2º- Que su*

---

<sup>108</sup> *Ibíd.*

<sup>109</sup> “(e)xiste fuerza mayor o caso fortuito cuando el incumplimiento no es imputable a una culpa de deudor. Y la culpa del deudor consiste, sea en que el obstáculo es previsible y no ha adoptado alguna medida para evitarlo, sea que, al tiempo en que se presenta el obstáculo, sin que haya debido preverse, no se haga todo lo necesario para evadirlo”: Sentencia del 18 de diciembre de 1961, Corte Suprema de Justicia; “Si el deudor, a sabiendas, se embarca en una nave averiada, que zozobra y le hace perder lo que debe; si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a mercede de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieran evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumple un acontecimiento por su naturaleza extraño y dominador, no configuraría un caso fortuito liberatorio del deudor.”: Sentencia del 31 de Agosto de 1942, Sala de Negocios Generales, Corte Suprema de Justicia.

<sup>110</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de junio de 1932, T. XLI, No. 1892.

<sup>111</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de julio de 1935, T. XLII, No. 1897.

*cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos dañosos del hecho.*<sup>112</sup>

En fin, que no existen hechos que por su propia naturaleza sean considerados como liberatorios, sino que sólo lo serán, aquellos avenidos a las circunstancias del caso concreto, que reúnan los requisitos de imprevisible, irresistible e inimputable (no culpable, imprevisible)<sup>113</sup>.

Por otro lado, se han encontrado aportes que pueden servir de sustento para la recepción de nuevas teorías, en el sentido de aportar fundamentos que tienen en cuenta consideraciones mucho más reales acerca del fenómeno del no cumplimiento; tales como la claridad acerca de la imposibilidad absoluta del cumplimiento, y la relatividad de los principales elementos del *casus* o *vis maior*. Pues sentado está que lo imprevisible no atiende a una noción absoluta, en razón de que se entiende como una causa extraña al obligado<sup>114</sup> (y que en esa medida, encuentra coherencia con la ya advertida asimilación de la culpa y la imprevisibilidad del evento), junto a la que debe concurrir, ahí sí, lo absoluto del elemento irresistible; y en virtud de lo cual, consideramos que los cuatro elementos, desarrollados por la jurisprudencia, se reducen a solo esos dos elementos: lo imprevisible y lo irresistible, en donde imprevisión resulta comprensiva de causa extraña (inimputabilidad, no culpa), e irresistibilidad, subsiste por sí misma, subsumiendo la insuperabilidad del hecho.

Siendo así las cosas, se requiere una causa extraña<sup>115</sup> para la producción del hecho (el imprevisto), conforme a la cual no sea posible resistencia alguna (*el imprevisto a que no es posible resistir*: art. 64 del Código Civil), y en razón de la cual se extingue el *iuris vinculum*. Al final entonces, se exige que no haya culpa en la previsión del acontecimiento, y que siendo esto, se verifique la irresistibilidad del evento.

### **3.3. La jurisprudencia administrativa**

---

<sup>112</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 30 de mayo de 1953, T. LXXV, No. 2129.

<sup>113</sup> Acerca de las posibles observaciones sobre este requisito, y su diferenciación o no con el de la no culpabilidad, ha de señalarse que el tratamiento jurisprudencial de los dos conceptos ha sido el de entenderlos como sinónimos.

<sup>114</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de junio de 1951, T. LXIX, No. 2100 y 2101.

<sup>115</sup> No es fortuito que la jurisprudencia acuda al concepto de causa extraña en algunas de sus sentencias, y tampoco que tome conceptos de la doctrina francesa, tales como la de la incidencia de la culpa, que no es más que la adopción de las teorías más aceptadas en la actualidad acerca de la causalidad; así, en un caso de concurrencia de causas, optó por encontrar que, no obstante haberse verificado alguna culpa del presunto responsable del hecho, ella no incidía en la producción del insuceso por el que se pretendía responsabilidad del demandado: Sentencia del 27 de febrero de 1998 de la Corte Suprema de Justicia, que encuentra plena coincidencia con lo señalado por CHRISTIAN LARROUMET en su obra (*Op. Cit.*, p. 762), respecto a la no incidencia de la culpa (Sección 3.1.).

La jurisprudencia administrativa, ajena a la asimilación de la *fuerza mayor* y el *caso fortuito*, como ya se ha señalado (sección 2.2.), toma en cuenta los elementos esenciales de cada concepto; esto es, que será *caso fortuito* el hecho prevalentemente imprevisible, y *fuerza mayor*, el prevalentemente irresistible. O bien, según la naturaleza del evento, en palabras del Consejo de Estado:

*“No puede dársele a ambos los mismos elementos, porque además a ello se opone su naturaleza jurídica: mientras el caso fortuito es un eximente de culpa en razón o función de hechos exteriores y ajenos a la voluntad de las partes, la fuerza mayor significa una autonomía entre la libertad y la autoridad, entre el ciudadano y el Estado (...) En este orden de ideas habrá que decir que para el derecho administrativo, como lo hacían los romanos, los casos fortuitos son hechos de la naturaleza y la fuerza mayor es un acto o hecho de la autoridad.”<sup>116</sup>*

Y como lo señalan algunos autores, con base en jurisprudencia administrativa, tiene fundamento en la actividad que se desarrolla<sup>117</sup>, obedeciendo el *caso fortuito* a un evento ligado a la actividad que se desempeña, por la que se genera una responsabilidad, y no así en la *fuerza mayor*, en donde ella resulta del todo extraña. No obstante, el tratamiento de esta última no encuentra diferencias en una u otra rama, la *fuerza mayor* es siempre liberatoria, y los elementos que la componen son los mismos<sup>118</sup>, no así, en lo que atañe al *caso fortuito*.

Empero, y a pesar del breve tratamiento de este tema en el presente escrito<sup>119</sup>, encontramos un aporte considerable por parte de esta jurisprudencia, y es la de entender viable la suspensión de la obligación mientras perdure la *fuerza mayor*, confirmado por el siguiente aparte:

*“Si como lo manifiesta el actor en varias notas dirigidas al Fondo, el retardo en los pagos junto con la falta de crédito lo colocaron en imposibilidad absoluta de continuar con la ejecución de las obras, esta circunstancia debía entenderse temporal y justificada solo en la medida de la existencia de la causa que la originó. Esto es que, una vez satisfecho el pago de actas con atraso de cancelación, no se justificaba la paralización de trabajos...”<sup>120</sup>*

Es decir, que se admite una imposibilidad transitoria, con efectos de suspensión de la responsabilidad durante su vigencia, y conforme a la cual, se genera una postura rescatable acerca de los efectos de la *fuerza mayor* en la ejecución de obligaciones contractuales.

---

<sup>116</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 26 de marzo de 1984.

<sup>117</sup> SANTIAGO DÍAZGRANADOS MESA, *Responsabilidad del Estado por daño especial*, Tesis dirigida por Alier Hernández Enríquez, Pontificia Universidad Javeriana, Agosto de 2001.

<sup>118</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque.

<sup>119</sup> No profundizamos en la jurisprudencia administrativa en razón del hilo conductor del tema, el ocuparnos de ella nos desviaría de nuestro objetivo, prioritariamente privado, y motivo por el cual, omitimos su satisfactorio desarrollo.

<sup>120</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de Septiembre de 1984, Consejero, Eduardo Suescún Monroy.

Al mismo tiempo, aportes de considerable valor, y que desligan nuestra jurisprudencia del rígido paradigma jurisprudencial civil francés, tales como la concurrencia de la fuerza mayor con otras causas, y en tal sentido, la asunción de responsabilidad, solo en la medida de una causa imputable, y la liberación en proporción a la concurrencia de la causa extraña. Es el caso de la sentencia del 26 de febrero de 1998 del Consejo de Estado, en que ocasión de la ocurrencia de un ola invernal, alegada como *fuerza mayor* exoneratoria, reconoció dicha corporación, la aptitud de los jueces para fijar criterios razonables de no-responsabilidad en proporción a lo atribuible a la causa extraña<sup>121</sup>.

### **3.4. Hacia un nuevo significado de la fuerza mayor en nuestro ordenamiento**

Señaladas las falencias de la jurisprudencia civil colombiana, respecto a la evolución de la *fuerza mayor* en nuestro ordenamiento, consideramos que la renovación ha de venir dada por los lineamientos constitucionales, lo mismo que con una actualización que de respuesta a los fenómenos sociales que se presentan. Teniendo en cuenta, que la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la indefinición del la *fuerza mayor* y el *caso fortuito*<sup>122</sup>, estableciendo que el texto del artículo 64 del Código Civil no establece la naturaleza de uno u otro concepto, en tanto que a lo referente a sus efectos, dispone una función nítida<sup>123</sup>: liberación por no cumplimiento.

Con base en esto, la imposibilidad a la que obedece la *fuerza mayor* y el *caso fortuito*, que responde al principio de *ad impossibilia nemo obligatur*, no resulta exclusivamente física y/o jurídica. Esto es, que con fundamento en los principios de la *fides bona* y la *aequitas*, desarrollados por la Constitución, los Códigos Civil (art. 1603<sup>124</sup>) y de Comercio (art. 863<sup>125</sup> y 871<sup>126</sup>), además de los pronunciamientos de doctrina y jurisprudencia al respecto, nada impide asumir nuevas posturas.

---

<sup>121</sup> “La Sala ha precisado que la fuerza mayor es causa exterior, externa al demandado, que lo exonera de responsabilidad en ciertos casos. Lo que si está claro es que la ola invernal registrada a fines de 1989 y junio de 1990 fue tan evidente que testigos de parte y parte así lo admitieron. Y para poder afirmar que un invierno intenso es capaz de provocar desbordamiento y erosión, la Sala no requiere de prueba, pues la experiencia enseña, y las leyes de la naturaleza lo explican, que la intensidad deletérea de las corrientes hídricas se pueden ver considerablemente aumentadas por causa del invierno. Y que la intuición del juez, junto a una valoración razonable, da lugar en cada caso a la determinación de la proporcionalidad en la causación de los hechos dañinos. Entonces valga destacar simplemente que en el caso que aquí se examina el fallador de instancia, al reducir en un 35 o/o la responsabilidad como concurrencia del invierno, actuó con criterio razonable.”: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 1998, Consejero Jesús María Carrillo Ballesteros.

<sup>122</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de julio de 1935, T. XLII, No. 1897.

<sup>123</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de septiembre de 1945, T. LIX, Nos. 2022, 2023 y 2024.

<sup>124</sup> Artículo 1603. *Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.*

Y es que siendo la tendencia moderna, la de atender a los mencionados principios, no por consideraciones caprichosas, sino de equidad<sup>127</sup> y de justicia, resultan de pleno recibo los desarrollos presentados en los ordenamientos civil alemán e italiano; en los que se admiten eventos de imposibilidad económica, que operan de manera especialísima (más en el segundo que en el primero), en circunstancias en que las que la exigibilidad resulta contraria a la *fides bona*, la *natura*, y la *aequitas*. Es decir, que la posición de nuestro ordenamiento, respecto a estas tendencias, debe ser receptiva, con naturales consideraciones de la adecuación a nuestro ordenamiento, a nuestra cultura, con una evaluación previa, y que responda a circunstancias extraordinarias, pero además de esas, de atención al riguroso respeto de la dignidad humana.

El interés del acreedor, conmensurado con las circunstancias existenciales del deudor<sup>128</sup>, tiene por inadmisibles el patrocinio de una ejecución que atente contra el principio de la dignidad humana, que consulta circunstancias elementales de convivencia, y a que pesar, de verificar factibilidad física y jurídica en el cumplimiento, no responde a las mencionadas consideraciones del principio constitucional, en esta medida, admisión especialísima de la imposibilidad económica.

El ordenamiento colombiano, interpretado a luz de los mandatos constitucionales, acompañado con una lectura moderna del mismo, y con consideraciones que no resultan ajenas a nuestra tradición romana, no puede ser ajeno a soluciones atentas de los fenómenos sociales; pues a pesar de que es claro, que nuestro sistema ha optado por reconocer la fuerza liberatoria a circunstancias del orden físico y jurídico, y que tales consideraciones tienen una explicación histórica (romana), no es menos cierto que la imposibilidad económica es una realidad social de nuestros tiempos. Y que siendo tal el entorno en el que se desarrollan las operaciones de los sujetos de derecho, el ordenamiento ha de responder adecuadamente a ello.

No se confunde la imposibilidad económica con la denominada teoría de la imprevisión y sus efectos; pues no falta el reclamo que advierta la confusión entre imposibilidad económica y onerosidad excesiva, con fundamentos razonables, pero infundados en lo que tiene que ver respecto a los efectos de una u otra categoría. Recordándose entonces, que la imprevisión procede solo para ciertos eventos, ciertas obligaciones, ciertos requisitos, en tanto que la *fuerza mayor*, la

---

<sup>125</sup> Artículo 863. *Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.*

<sup>126</sup> Artículo 871. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural.

<sup>127</sup> "...*aequitas*, entendida como exigencia de adecuación del derecho al sentimiento de justicia, que es conforme al instante del ambiente social en la conmensuración de los intereses opuestos en juego.": ALBERTO BURDESE, *Op. Cit.*, p. 26.

<sup>128</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002; en la que se aborda el tema de la dignidad humana y su alcance en el Estado Social de Derecho.

imposibilidad sobrevenida, atiende en general, a todas las obligaciones (salvedad hecha de las de género); y que los remedios de la primera no son otros que el *rebus sic stantibus*, en tanto que los del segundo, la liberación del obligado.

Admitir la posibilidad, especialísima, de una imposibilidad económica, que conforme a la conmensuración de intereses entre deudor y acreedor<sup>129</sup> (*aequitas*<sup>130</sup>), restrinja la exigibilidad, a la solicitud de ejecución de buena fe (*fides bona*<sup>131</sup>), y a la naturaleza de la prestación (*natura*<sup>132</sup>), es una posibilidad que atiende a los fenómenos sociales mencionados, lo mismo que las disposiciones sociales que regulan el Estado Social de Derecho.

#### 4. Las figuras próximas a la fuerza mayor en el common law

Categorías cercanas a los conceptos continentales europeos de imposibilidad y *fuerza mayor* son las de la *frustration* y la *impracticability*; la primera de estirpe inglesa, la segunda, norteamericana. Que responden a una noción semejante a la de la imposibilidad sobrevenida, o en general, al evento liberatorio, esto es, al *hecho en el que la ley reconoce, que sin culpa de parte alguna, una obligación contractual ha devenido incapaz de cumplimiento, debido a circunstancias, en las que éste devendría en una cosa radicalmente distinta de aquella por la que se habría emprendido el contrato. Non haec in foedera veni. No era eso lo que prometí hacer*<sup>133</sup>(*Davis contractors Ltd. vs. Fareham U.D.C*<sup>134</sup>.): *frustration*; o aquél acto,

---

<sup>129</sup> Sobre éste punto ha señalado la doctrina italiana, en atención a la buena fe lo siguiente: "(E)l rígido entendimiento del presupuesto de la imposibilidad ha inducido a nuestra doctrina a apelar al principio de la buena fe [...]habría imposibilidad, de hecho, no sólo cuando el objeto de la obligación ha devenido en sí imposible, sino también cuando, por circunstancias sobrevenidas, el resultado no podría ser realizado si no con medios anormales respecto al tipo de relación que se tiene en cuenta, que hacen que el deudor no pueda decirse obligado de buena fe.": C. MASSIMO BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Seconda edizione, Zanischelli Editore, Bologna, 1979, p. 92.

<sup>130</sup> "La equidad se define de hecho como el justo equilibrio entre los intereses de las partes con relación al objeto y a la naturaleza del asunto.": C. MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, T. III, Giuffré, Milano, 2000, p. 442.

<sup>131</sup> "La Buena fe no tiene un contenido preestablecido pero es un principio de solidaridad contractual que se especifica en dos aspectos fundamentales, el de la salvaguardia (actuaciones para salvaguardar la utilidad de la otra parte hasta el límite de un sacrificio apreciable) y el de la lealtad.": C. MASSIMO BIANCA, *Op. Cit.*, p. 422.

<sup>132</sup> "...la consideración del límite del esfuerzo debido por el deudor se ha hecho coincidir con el concepto de imposibilidad liberadora, manteniéndose, por tanto, que se configure la imposibilidad de la prestación allí donde el cumplimiento aun siendo posible, los sea través de de una erogación de un esfuerzo debitorio no pretendible con base en el título.": MATTEO AMBROSOLI, *Op. Cit.*, p. 235.

\* EWAN MCKENDRICK, *Force majeure and frustration of the contract*, Lloyd's of London Press, 2<sup>nd</sup> ed., New York, 1995; SCHMITTHOFF, *Export trade, The law and practice of international trade*, 10<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell, London, 2000.

<sup>133</sup> Ídem, p. 38.

<sup>134</sup> En este caso, los contratistas acordaron la construcción de 78 casas para una autoridad local en 8 meses por un precio de £ 94.000. Debido a cortes en las labores, la obra se tomo 22 meses en su realización, y con un costo de £ 115.000 para los contratistas.

*que no implica incumplimiento a la luz del contrato de venta, debido a que la ejecución, como ha sido pactada, se ha vuelto impracticable, por la ocurrencia de una contingencia de no ocurrencia, bajo una suposición básica de elaboración del contrato o acorde con la buena fe conforme con cualquiera regulación extranjera o nacional aplicable, u orden que resulte posteriormente probarse invalida*<sup>135</sup>: *impracticability*.

Que no se confunden con la *fuerza mayor* que conocemos, por tener supuestos distintos, aunque no disímiles, lo mismo que sus efectos, diferentes pero no idénticos; en una palabra, sistemas complementarios, en razón de que en los sistemas continentales se alude al evento mismo, mientras que en los anglosajones, se observa la posición de las partes ante tales eventos<sup>136</sup>. En virtud de que la *fuerza mayor* responde a un límite dentro de la *strict liability*<sup>137</sup>, lo mismo que la *frustration*, que en materia contractual se erige como una excepción a la regla de *absolute liability*<sup>138</sup> del *common law* (que es norma general en este derecho), habida cuenta, que quien se obliga mediante un contrato, lo hace de manera libre, y siendo esto, es él quien define los límites de su obligación, de su responsabilidad, frente a los cuales, la posibilidad de ejecución es indiferente para la ley, la consecución de lo pactado solo incumbe a quien se obliga, y si así lo hace, asume la superación de los riesgos que le obligan<sup>139</sup>.

En efecto, las figuras responden a necesidades semejantes de uno y otro sistema, esto es, al límite de la responsabilidad contractual emanada del contrato, de las obligaciones que el genera; produciendo efectos distintos la aplicación de cada figura, en el entendido de que la *fuerza mayor* suministra una excusa para el cumplimiento de una o más obligaciones<sup>140</sup>, mientras que la *frustration*, genera el efecto de destrucción del vínculo contractual<sup>141</sup>, no obligacional. Teniendo en cuenta que el contrato es una fuente de obligaciones, luego lo que afectaría la *frustration* sería la fuente misma de las obligaciones, de aquellas que por liberalidad se asuman, a diferencia de la *fuerza mayor*, que pondría fin a una o más relaciones emanadas del negocio, inclusive en algunos casos, a todo el contrato; en un esquema simple, se entendería que la *frustration* afecta toda una estructura jurídica compleja, el contrato, en tanto que la *fuerza mayor* atacaría las estructuras jurídicas

---

Los contratistas alegaron que el contrato había sido frustrado y que tenían derecho a una remuneración extra. La petición fue rechazada debido a que los eventos que causaron la demora se encontraban dentro del rango ordinario de la probabilidad comercial y no implicaban un cambio fundamental en las circunstancias. Vd. <http://www.law-essays-uk.com/contract-law-cases-122.php>.

<sup>135</sup> Artículo 2-615, lit. a, del Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos.

<sup>136</sup> MARIA PAULA DURAN PIEDRAHITA, *La cláusula de fuerza mayor en los contratos internacionales*, en Revista de Derecho Privado, Universidad de los Andes, N. 21, Febrero de 1998, p. 191.

<sup>137</sup> EWAN MCKENDRICK, *Op. Cit.*, p. 21.

<sup>138</sup> Ídem, p. 29.

<sup>139</sup> Ídem, p. 3-4.

<sup>140</sup> Ídem, p. 22.

<sup>141</sup> Ídem, p. 9.

que lo conforman, y aun en determinados casos, al igual que la *frustration*, el contrato mismo.

#### 4.1. **Frustration**

Como se ha señalado, la *frustration* es una excepción a la regla general de la *strict liability*, que se opone al vínculo indestructible sentado en el caso *Paradine vs. Jane*<sup>142</sup>, del año de 1647, en el que se estableció lo siguiente:

*“Cuando una parte, por su propio contrato crea una obligación a su cargo, se encuentra ligado a su optima realización, sí puede, sin resistir accidente alguno por necesidad evitable, por que ha podido establecer provisión en contra de ello en el respectivo contrato”.*

Es decir, que conforme se ha dicho, el contrato se entiende como vínculo entre las partes al cual se ha concurrido libremente, sin coerciones ni engaños, y que siendo esto, las obligaciones que se asumen, son tomadas conscientemente, de manera que si alguien se obliga a lo imposible, se presume que lo ha hecho voluntariamente, sin posibilidad alguna de desentendimiento de lo pactado, habrá de proceder a ello, porque se supone que *ha podido establecer provisión* en contra de tal acuerdo.

La *frustration* se considerará fuerza excepcionalísima, contraria al orden de los contratos, y en tal medida, de una aceptación bastante confinada<sup>143</sup>, limitada a ciertos casos, por que pone los riesgos de futuros *non-performance* en cabeza del acreedor del débito, y por lo tanto, de difícil reconocimiento por los jueces del caso<sup>144</sup>. No obstante, una vez admitida, su campo de acción no se vió reducido, sino bien ampliado; el sustento del efecto del descargo que produce, llevo a comprender y comprende, desde la imposibilidad, la destrucción del bien de cuerpo cierto, e inclusive las imposibilidades comerciales o frustración de propósitos del contrato; anotando, que todas ellas no de manera invariable<sup>145</sup>.

---

\* A.M. TETTENBORN, *An introduction to the law of obligations*, Butterworths, London, 1984; G.H. TREITEL, *The law of contract*, Sweet & Maxwell, 9<sup>th</sup> ed., London, 1995; JACK BEATSON-DANIEL FRIEDMANN, *Good faith and fault in contract law*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

<sup>142</sup> Paradine demandó a Jane por tres años atrasados de renta, Jane se defendió alegando que no se encontraba en posesión del terreno para la época de la disputa. Los magistrados establecieron que, a pesar de que en casos anteriores no se permitía a un arrendador proceder contra un arrendatario en tiempo de guerra, Jane permanecía obligado por la renta. La Corte sostuvo que las partes se habían comprometido a sí mismas por el arrendamiento, y que sí pretendían liberarse de responsabilidad bajo ciertas situaciones, podrían haberlo hecho en el contrato mismo. Lo que llevo a la Corte a razonar de la siguiente manera, sí el arrendatario tenía la ventaja de sacar provecho de la tierra, debía de la misma manera, superar las pérdidas provenientes del uso de la tierra misma. Vd. [http://en.wikipedia.org/wiki/Paradine\\_v.\\_Jane](http://en.wikipedia.org/wiki/Paradine_v._Jane)

<sup>143</sup> EWAN MCKENDRICK, *Op. Cit.*, p. 52.

<sup>144</sup> Ídem, p. 5.

<sup>145</sup> G.H. TREITEL, *Op. Cit.*, p. 779.

En efecto, el contrato se ha celebrado bajo la suposición de determinados términos (*implied conditions*), que las partes se excusan, antes del incumplimiento (*breach*), en caso de que la ejecución devenga imposible debido a la destrucción del bien sin culpa del deudor (*Taylor vs. Caldwell*<sup>146</sup>). Pero, no solo por que no medie culpa del deudor, sino también, que éste no tome los riesgos que emanan del contrato, pues si los toma (*undertook*), responde; en tanto que, sí simplemente se asumen (*assumption*), es decir, se suponen, pero no se toman, se procederá a su liberación<sup>147</sup>.

Por que se toma en cuenta el objeto del contrato, la finalidad perseguida, de la mano con consideraciones de justicia<sup>148</sup>, entendiendo que la ejecución devendría en cosa distinta de mantenerse el vínculo: *Non haec in foedera veni*, no fue eso lo prometido (*Davis contractors Ltd. vs. Fareham U.D.C.*). Que además implica, que no exista posibilidad alguna de lograr lo pactado; esto es, otros medios mediante los cuales pueda lograrse lo convenido, y que no hayan sido agotados, porque en dicho caso, no procederá exoneración alguna.

Es el tema de una obligación de entregar determinados bienes en un destino seleccionado, al cual, no pudiéndose arribar mediante determinada ruta, pero si a través de otra que genera más gastos, no se admitiría el descargo. Esto es, el caso *Tsakiroglou vs. Noblee Thorl G.m.b.H.*, en el que debía entregarse una mercancías en la India, partiendo del Mediterráneo, con la mala fortuna de presentarse el cierre del canal de Suez, conforme al cual se alego procedía la *frustration*, alegato desechado, en consideración a lo señalado: la posibilidad de cumplimiento, aun a costa de un cumplimiento más oneroso (darle la vuelta a África).

Empero, uno de los primeros casos en que se admitió la doctrina de la *frustration*, responde a una imposibilidad económica, a un muy mal negocio (*bad bargain*); es el caso de *Krell vs. Henry*, en el que habiéndose pactado un lugar para ver la coronación del rey, no se logra lo pretendido, debido a una enfermedad que pospuso el evento, debido a una cesación o inexistencia de las condiciones expresas, o del estado de las cosas, afectando la raíz del contrato y sus prestaciones esenciales; y que se considera, de haberse pretendido la ejecución

---

<sup>146</sup> Los demandados Caldwell y Bishop eran propietarios de Surrey Gardens & Music Hall, y acordaron rentárselo a los demandantes, Taylor & Lewis, a una tasa de £100 por día. Los demandantes planearon usar el salón de música para cuatro conciertos en cuatro fechas diferentes, durante el verano de 1861. El 11 de junio de 1861, una semana antes de que se diera un concierto, el salón de música fue destruido por un incendio. Los demandantes demandaron a los propietarios por incumplimiento del contrato, por fallar en la renta del salón de música. No había cláusula en el contrato que distribuyera el riesgo, salvo la frase "que Dios lo permita" al final del mismo. Vd. [http://en.wikipedia.org/wiki/Taylor\\_v.\\_Caldwell](http://en.wikipedia.org/wiki/Taylor_v._Caldwell).

<sup>147</sup> *Ibidem*; A.M. TETTENBORN, *Op. Cit.*, p. 186.

<sup>148</sup> "... la doctrina de la *frustration* evoluciona en un esfuerzo" de mitigar el rigor de la insistencia del *common law* en la ejecución literal de promesas absolutas" y su objeto fue el de "dar respuestas a los llamados de justicia, de lograr un resultado justo y razonable, de hacer lo que es razonable y justo, como una oportunidad de escapar de la injusticia, la cual resultaría de la ejecución forzada de un contrato en sus términos literales después de un cambio de circunstancias": EWAN MCKENDRICK, *Op. Cit.*, p. 37.

forzada, habría generado una privación inaceptable<sup>149</sup>. Sin embargo, no basta que la permanencia del vínculo responda a imposibilidad económica, a una alteración de las circunstancias<sup>150</sup>, a imprevistos<sup>151</sup>; se requiere además que no medie culpa alguna, que no se hayan tomado los riesgos, que no haya posibilidades de cumplimiento conforme a la naturaleza del vínculo (caso *Super Servant Two*<sup>152</sup>), y que en resumidas cuentas, se verifique un evento extraño, que efectivamente haga imposible el cumplimiento de la prestación debida<sup>153</sup>, lo mismo que injusta la permanencia del contrato.

Por otro lado, habrá de verse si conforme a lo celebrado, pueden elegirse los métodos para su cumplimiento (*contractual option*), y en tal medida, hacer menos viable la procedencia de la *frustration*, o si por el contrario, las alternativas de cumplimiento son más estrictas, y no quedan al deudor muchas opciones para el mismo (*performance option*)<sup>154</sup>. Se entiende la primera alternativa, *contractual option*, como la que permite al beneficiario de ella, escoger dentro de una serie de opciones de cumplimiento, en tanto la segunda, *performance option*, tan solo da una sola vía; es decir, cada uno asume sus riesgos, siendo el segundo caso, el riesgo del acreedor, y por eso se señala, opera la *frustration*, por que éste ha escogido la única alternativa de cumplimiento, en tanto que en el primer evento, *contractual option*, el riesgo es asumido por el deudor que ha elegido, una u otra alternativa.

Finalmente, aceptada la *frustration*, ella produce el efecto de descargo automático del contrato para ambas partes, con las correspondientes restituciones a que haya lugar en virtud del contrato, además de la posibilidad de compensación por gastos causados antes del descargo, realizados con ocasión del contrato<sup>155</sup>. Es decir, verificada la *frustration*, se produce lo que en derecho continental se conoce como la resolución del contrato, con el efecto además, de las señaladas compensaciones.

---

<sup>149</sup> G.H. TREITEL, *Op. Cit.*, p. 780.

<sup>150</sup> La alteración puede comprender ilegalidad sobrevenida: caso *Fibrosa*, en que se declara la *frustration* de un contrato, en virtud de la ocupación de un puerto, donde debía entregarse la mercancía, por el "enemigo" (caso ocurrido durante la segunda guerra mundial).

<sup>151</sup> "Las partes ante la ejecución de un contrato se ven frecuentemente enfrentadas, en el curso de su consecución, con una serie de eventos no anticipados – un aumento completamente anormal de precios, una repentina devaluación de la moneda, un obstáculo inesperado en la ejecución, o semejantes. Y aun esto no afecta el negocio que han celebrado": Caso *British Movietinenevents* en el que se observa que no basta en que se altere el negocio, aún considerablemente; se requerirá entonces, que de ejecutarse el negocio, resulte un muy mal contrato (*bad bargain*), en el entendido de que persuade a los jueces acerca de su injusticia.

<sup>152</sup> En el que debían transportarse unas mercancías en uno de dos barcos, a elección del transportador; uno de ellos se perdió, y el transportador alegó *frustration*, debido a esa pérdida, y a que el otro barco se encontraba inmerso en el cumplimiento de otro contrato. El tribunal encontró que no procedía el descargo, debido que el deudor había elegido el barco para el cumplimiento del contrato, y siendo esto, asumía las responsabilidades inherentes al mismo, aun sin que ello hubiera ocurrido sin su culpa: vd. G.H. TREITEL, *Op. Cit.*, p. 819.

<sup>153</sup> La posibilidad surge del contrato mismo, la ley, o las circunstancias: vd. JACK BEATSON-DANIEL FRIEDMANN, *Op. Cit.*, p. 379.

<sup>154</sup> JACK BEATSON- DANIEL FRIEDMANN, *Op. Cit.*, p. 382 s.

<sup>155</sup> Law Reform (Frustrated Contract) Act de 1943, Inglaterra.

#### 4.2. Impracticability

Vista entonces la figura de la *frustration*, es necesario estudiar una variante de ella, la *impracticability*. Reconocida en el caso *Mineral Park Land Co. vs. Howard*<sup>156</sup>, antecedente del artículo 2-615<sup>157</sup> del *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos, el cual regula la materia dentro de un espacio determinado, el contrato de compraventa, y permite que el vendedor obligado, se excuse en caso de retraso de la entrega o en el evento de una no entrega.

La *impracticability* conforme se ha señalado, es aquél acto, que no implica incumplimiento a la luz del contrato de venta, debido a que la ejecución, como ha sido pactada, se ha vuelto *impracticable*, por la ocurrencia de una contingencia de no ocurrencia, bajo una suposición básica de elaboración del contrato o acorde con la buena fe conforme con cualquiera regulación extranjera o nacional aplicable, u orden que resulte posteriormente probarse invalida (art. 2-615 del UCC). Es decir, una figura liberatoria, cuando la prestación se vuelve económicamente inviable, sin que medie culpa alguna de las partes en esa circunstancia; circunstancia inesperada, sobre la cual no existe culpa, y que genera el resultado económicamente advertido, esto es, la inviabilidad del cumplimiento.

Inviabilidad que se traduce en consideraciones del orden objetivo y subjetivo, en razón de que la alusión que a la buena fe se hace en el respectivo artículo, implica una evaluación de la conducta de la parte que esgrime la excusa<sup>158</sup>, y con base en esto, podría afirmarse que opera dentro de un marco mucho más flexible que el de la *frustration*, en la que como se ha advertido, median otras consideraciones, que

---

\* Uniform Commercial Code; DONALD J. SMYTHE, *Bounded rationality, The doctrine of impracticability, and the governance or relational contracts*, en <http://ssrn.com/abstract=799328>

<sup>156</sup> Los demandados en *Mineral Park* fueron contratados para remover cierta cantidad de gravilla del terreno de los demandantes, pero solo se removió la mitad, debido a que la gravilla restante se encontraba bajo agua. El cumplimiento del contrato se sostuvo como "impracticable", debido a que las partes no contemplaron la remoción de la gravilla que se encontraba bajo el agua y debido a que hubiese sido diez o doce veces más caro, para lo demandados, la remoción de la gravilla restante. Vd. [http://tldb.uni-koeln.de/php/pub\\_show\\_document.php?pubdocid=116100](http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=116100).

<sup>157</sup> § 2-615. Excuse by Failure of Presupposed Conditions.

(a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.

(b) Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller's capacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contract as well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner which is fair and reasonable.

(c) The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and, when allocation is required under paragraph (b), of the estimated quota thus made available for the buyer.

<sup>158</sup> EWAN MCKENDRICK, *Op. Cit.*, p. 308.

de entrada descartan estudio alguno de buena fe en la excusa. Así mismo, coincide con esta figura (la *frustration*), en el análisis del evento inesperado, que en la tradición latina se conoce como imprevisto, en el que al igual que en este, exige que no medie culpa alguna en lo que a su previsión se refiere; por que habrá de recordarse, que se parte del supuesto de la asunción de los riesgos inherentes al contrato por cada parte, si una de ellas ha previsto el evento, se entiende que lo asume: la liberación solo opera para lo inesperado, el riesgo no asumido.

Así entonces, *impracticability* envuelve un conjunto de circunstancias imprevistas, que conforme a la buena fe, hacen inviable<sup>159</sup> la ejecución del contrato, frente a las cuales se produce la liberación del vendedor obligado; que no se miran con ligereza, sino habida cuenta de lo realmente imprevisible del evento<sup>160</sup>, esto es, el imprevisto mismo. Cotejado esto, se procede a la evaluación de lo *practicable* o *impracticable* del cumplimiento<sup>161</sup>; la eficiencia misma del contrato, esto es, la reducción de las pérdidas, en el sentido de no mantener un vínculo que resulte en mermas ingentes para la parte excusada.

En fin, valga recordar que esta figura tiene su principal vigencia en los Estados Unidos, y no en todos los países de la tradición anglosajona, en ellos, la regla será la *frustration*, y con ella, consideraciones de otro orden, con un ámbito de desarrollo que va mucho más allá de determinados contratos.

##### **5. La fuerza mayor en el derecho comercial internacional\***

La regulación de la *fuerza mayor* en el derecho comercial internacional puede encontrarse en diferentes fuentes, esto es, en el contrato, o bien, en el conjunto de disposiciones aplicables al mismo; naturalmente habrá de operar la disposición contractual al respecto, sin perjuicio de que en ocasiones no medie cláusula alguna, y se acuda a las definiciones y remedios de los principales instrumentos en la materia, lo mismo que a la *lex mercatoria*

Es decir, que conforme a las reglas internacionales, o mejor, a los parámetros de ellas, tales como la Convención de Roma, o bien, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (Convención de México); las partes tienen la libertad de determinar la ley que vendrá a regular el acuerdo,

---

<sup>159</sup> No debe confundirse el concepto de la *impracticability* con el de *hardship*, que a menudo se confunde por instancias judiciales americanas, y que sin embargo, se diferencian el elemento imprevisto; debido a que el *hardship* no excusa el cumplimiento, es decir, se diferencia en sus efectos de la *impracticability*, lo mismo que en sus consideraciones, pues éste, no tiene en cuenta aspectos subjetivos, como si se hace en la *impracticability*: vd. EWAN MCKENDRICK, *Op. Cit.*, p. 313 ss.

<sup>160</sup> El comentario oficial del referido artículo 2-615 advierte la exclusión de la doctrina de la *impracticability*, cuando la contingencia sea suficientemente previsible.

<sup>161</sup> "...para que se aplique la doctrina, el cumplimiento del contrato debe resultar en pérdidas capitales para la parte que busca la exoneración del mismo.": DONALD J. SMYTHE, *Bounded rationality, The doctrine of impracticability, and the governance or relational contracts*, en <http://ssrn.com/abstract=799328>

\* FILALI OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, LGDJ, París, 1992.

ya sea en sus vacíos, o en cualquier otro aspecto al que quieran hacer referencia, con las naturales consecuencias que ello acarrea. Pues siendo una u otra la ley aplicable, el concepto de *fuera mayor* se observará desde una u otra perspectiva, esto es, con consideración a los sistemas jurídicos a los que hemos venido haciendo referencia.

Sin embargo, habrá oportunidades en las que la ley nacional no se aplique, por expreso acuerdo de los contratantes, o por que de la interpretación del mismo, realizada por tribunales de arbitramento internacionales, adopte una regulación internacional al respecto, *lex mercatoria*. Y con la aplicación de ella, una visión distinta de la de los jueces nacionales sobre la materia; unas serán las consideraciones para el supuesto liberatorio en los ámbitos nacionales, y otras, las internacionales, en razón de las advertidas diferencias entre los conceptos del derecho comparado, y los elementos comunes al derecho comercial internacional, que en esta sección se resaltan.

La *fuera mayor* podrá ser una cosa u otra según se pacte en el contrato, según los elementos que las partes consideren constitutivos del mismo, como también, las soluciones que pretendan dar ante la verificación del hecho. Mientras que en ausencia de acuerdo, procede verificar el mercado en el que se ha desarrollado el contrato (*lex petrolea, lex informatica, lex constructionis*<sup>162</sup>.), y establecido ello, determinar las reglas aplicables, aun sin que a ellas se haya hecho alusión en el acuerdo, pues conforme a la buena fe, se tiene por sentado, que el contrato obliga, no solo a lo que en él se expresa, sino a todo lo que de su naturaleza emana. Con la advertencia de que tales consideraciones, como ya se ha establecido, serán solo tomadas en una sede arbitral que juzgue las diferencias, no ante una jurisdicción nacional, que atenderá a diferentes medidas.

Así pues, existiendo un contrato, sin disposición al respecto, se acudiría a los criterios sentados por los principales usos y costumbres en la materia, es decir a la *lex mercatoria*, o bien, a una disposición, que en virtud de la naturaleza del negocio, sea aplicable al contrato, piénsese p. ej. en una compraventa internacional de mercaderías, o en un contrato de transporte aéreo internacional, en las que operarán los artículos 79 de la Convención de Viena<sup>163</sup>, y 20 del Convenio de

---

<sup>162</sup> CAMILO FRANCO, *De la lex mercatoria a la lex constructionis*, en Revista E mercatoria, Vol. 6, No. 1.

<sup>163</sup> Artículo 79 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 total o parcial del contrato, esa parte sólo 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 cumplirlos. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable*

Varsovia<sup>164</sup>, respectivamente. El riesgo del no cumplimiento del contrato, o de alguna de sus obligaciones, debe ser otorgado a alguno de los contratantes, y el criterio para ello, necesariamente ha de ser dado por las normas que vienen a *integrar* el negocio, las relacionadas con la actividad que se realiza, la convención que guarde más relación con el asunto que se estudia.

En cualquier caso, *fuerza mayor* es un concepto común en el derecho comercial internacional, es decir, un concepto familiar para los agentes de mercados de tradición continental, lo mismo que para agentes de mercados de tradición anglosajona; debido a que para estos últimos, las exigencias para el reconocimiento de la *frustration*, los ha llevado a la redacción de las denominadas cláusula de *fuerza mayor*; que en razón de su origen contractual, proporcionan mejores soluciones para los eventos de imposibilidad sobrevenida.

Producto de ello, ha sido el desarrollo de las estipulaciones al respecto del evento fortuito, esto es, los requisitos para su configuración, las cargas que impone la buena fe para sobreponerse a ellos, y los remedios para la preservación del vínculo. Teniendo entonces, la existencia de unos elementos comunes a las disposiciones contractuales y a las no contractuales, que a continuación enumeramos:

- i) El hecho generador del no cumplimiento debe ser:
  - a. imprevisto;
  - b. ajeno al control de la parte que lo alega.
- ii) La vigencia del hecho suspende la obligación de cumplimiento.
- iii) La parte afectada debe notificar a su acreedor en el menor tiempo posible acerca de la ocurrencia del evento.

Estos elementos, recurrentes en las principales alusiones al tema, esto es: art. 7:102 (1) (a) de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil<sup>165</sup>, art. 7.1.7. de los Principios de UNIDROIT<sup>166</sup>, art. 8:108: de los Principios de

---

*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.*

<sup>164</sup> Art. 20. 1. *El porteador no será responsable si prueba que él y sus comisionados han tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas.*

2. *En el transporte de mercancías y equipajes, el porteador no será responsable si prueba que el daño proviene de falta de pilotaje, de conducción de la aeronave o de navegación, y que en todos los demás aspectos él y sus agentes han tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño.*

<sup>165</sup> Art. 7:102. Causas de exoneración en casos de responsabilidad objetiva

*(1) La responsabilidad objetiva puede ser objeto de exoneración total o parcial si el daño fue causado por una imprevisible e irresistible*

*a) fuerza de la naturaleza (fuerza mayor), o*

<sup>166</sup> Artículo 7.1.7

*(Fuerza mayor)*

*(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*

Derecho Europeo de los Contratos<sup>167</sup>, art. 79 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, Cláusula de Fuerza Mayor de la Cámara de Comercio Internacional de París (1985 y 2003), y Cláusula 19 del Red Book de FIDIC de 1999, evidencian una línea común de corte continental al respecto, a diferencia de otros instrumentos, en los que no se hace alusión al evento imposible.

Instrumentos de otro corte, tales como convenciones internacionales acerca del factoring<sup>168</sup>, leasing<sup>169</sup>, reglas de la Haya<sup>170</sup>, o reglas de Hamburgo<sup>171</sup>, que consideramos corresponden a una visión anglosajona acerca del fenómeno impositivo, esto es, a un evento sobre el que no se ha asumido el riesgo, *frustration* (sección 5.1); sobre el que no podemos señalar semejanza alguna, o bien, sentar unos elementos comunes, dado que corresponderá al juez de instancia considerar si realmente se configura un injusto<sup>172</sup>, si existe un riesgo que debe ser distribuido al deudor, o por el contrario, es el acreedor quien debe correr la responsabilidad de

---

*el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.*

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

*(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.*

<sup>167</sup> Artículo 8:108: Exoneración por imposibilidad en el cumplimiento

*(1) Una parte queda liberada de su deber de cumplimiento si prueba que no puede proceder al cumplimiento de su obligación por un impedimento que queda fuera de su control y que no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicho impedimento en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias.*

*(2) Cuando el impedimento sea tan sólo temporal, la exoneración prevista en este artículo produce sus efectos durante el tiempo en el que persista el impedimento. Sin embargo, si el retraso se tradujera en un incumplimiento esencial, el acreedor puede tratarlo en tal sentido.*

*(3) La parte que incumple debe asegurarse de que, en un plazo razonable desde que supo o hubiera debido enterarse de dichas circunstancias, la otra parte recibe una comunicación de la existencia del impedimento y de sus efectos sobre la capacidad de la parte para cumplir su obligación. La otra parte tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios por las pérdidas que pudieran resultar de no recibir esa comunicación.*

<sup>168</sup> Convención Internacional sobre Factoring, Ottawa, 1988.

<sup>169</sup> Convención Internacional sobre Leasing Financiero, Ottawa, 1988.

<sup>170</sup> Reglas de la Haya, Bruselas, 1924.

<sup>171</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte de Mercaderías por Mar, "Reglas de Hamburgo", 1978.

<sup>172</sup> EWAN MCKENDRICK, *Op. Cit.*, p. 37.

este. Y natural entonces, que los criterios para su determinación acudan a los *leading cases* del tema, y no a los criterios de imprevisible e irresistible.

Empero, los instrumentos de corte continental, exigen que se trate un insuceso ajeno a la conducta del obligado, esto es, que no haya sido causado por su culpa, y ello significa, que tampoco lo sea a aquellos con los que ha subcontratado, o de quienes resulten vinculados a la parte afectada por el hecho de alguna u otra manera; dado que la fuerza liberatoria de la *fuerza mayor* se comunica a las partes del contrato, en este caso, a la parte que lo alega, en virtud de haberlo sufrido de manera indirecta, pero con eficacia directa sobre las prestaciones del contrato.

Así mismo, que su culpa no concurra en la previsión del hecho, pues resultará inadmisibles, que habiendo tenido conocimiento de la existencia del hecho, esto es, habiendo sido previsto, quiera alegarlo como imposible; dado que si se obligó a un hecho imposible, y ha generado una expectativa con ello, no se esperará que resulte indemne ante tal imprudencia. Y así mismo, habrá de mirarse, si tal hecho era previsible, conforme a la profesionalidad que le atañe al obligado, pues se espera, que en razón de sus particulares habilidades sobre una materia, pueda responder acertadamente a la previsión de los mismos.

El contratante inmerso ante un evento imprevisto e irresistible, frente al cual, todas sus fuerzas para contrarrestarlo han sido nulas, debe comunicar a su contraparte la ocurrencia del hecho, y de esta manera, cumplir con una de las exigencias que de la buena fe emanan, esto es, la salvaguarda de la contraparte. Y por lo tanto, en caso de un incumplimiento al respecto, indemnizar los posibles daños, que de tal conducta puedan llegar a ocasionarse.

Finalmente, la vigencia del impedimento, de la imposibilidad del hecho, ocasiona una suspensión de la exigibilidad de la misma; la duración de la misma, acarreará sus consecuencias durante ese lapso, superada tal circunstancia, las condiciones vuelven al estado en que se encontraban, esto es, posibilidad del cumplimiento.

Así mismo, no obsta advertir, que dada la posibilidad de que el contrato se rija por una ley nacional, en virtud de la ausencia de un acuerdo acerca de ley aplicable (y aquí volviendo a la sede nacional de juzgamiento), en aplicación del artículo 4º de la Convención de Roma<sup>173</sup>, o de estipulaciones contractuales que produzcan el mismo efecto, la regulación del contrato puede estar dada por consideraciones como a las que ya hemos hecho referencia, esto es, *force majeure*, *impossibilità sopravvenuta*, *unmöglichkeit*, *frustration* o *impracticability*; con las consecuencias que tiene la observancia de una u otra figura, y los requisitos para su reconocimiento o desconocimiento; distintos de las características ya advertidas, o a lo menos, no idénticos, y aun no excluyentes.

---

<sup>173</sup> El artículo 10º de la Convención de Roma regula el alcance de la ley aplicable, comprendiendo dentro de tal espectro lo relativo al cumplimiento; motivo por el cual, lo relacionado con el no cumplimiento, necesariamente resulta gobernado por cualquiera norma aplicable.

### 5.1. El impedimento en la Convención de Viena\*

La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, con su ámbito de aplicación a ciertos contratos (art. 1º), su exclusión de otro tipo de relaciones (art. 2º), y su asimilación a compraventa de ciertos vínculos (art. 3º), encuentra un radio de acción determinado, y por lo mismo, la aplicación de sus normas, y los remedios para el caso del no cumplimiento, del *impedimento* (art. 79º), sólo tienen vigencia en un espacio preestablecido. Razón por la cual, podría decirse, que se trata de un estatuto concebido solo para ciertos asuntos, sobre lo cual anotamos, que tal proposición resulta correcta, no obstante aceptar, que los remedios establecidos para el *impedimento* gozan de las características comunes a las que hemos hecho referencia en el derecho internacional privado, o bien, a la inversa, y que por lo mismo, se manifiesta el *impedimento* como una proyección del régimen internacional sobre la materia.

Sea que haya sido primero una cosa que la otra, la Convención antes que cualquiera otra declaración de principios, o fórmula de contratos tipo, lo cierto es que todos tienen por común unas determinadas características; y que algunas de ellas también un ámbito particularizado, en tanto que otras, por aludir a otros instrumentos, pero no a otras características, por ser casi idénticas, operan de manera mucho más generalizada. Al final, se trata de lo mismo, relaciones de derecho comercial internacional, con una regulación casi idéntica, por no decir idéntica, con variaciones mínimas sobre el comportamiento de las partes ante el no cumplimiento, y las conductas exigibles ante el cotejo de tal inconveniencia.

Sin embargo, los principales doctrinantes de la Convención de Viena, objetan lo vaga e imprecisa de la acepción *impedimento*, y más allá de esto, lo que puede significar para distintos ordenamientos<sup>174</sup>; la posibilidad de que los jueces nacionales vean una cosa distinta en una misma palabra, esto es, que un juez alemán piense en términos de *unmöglichkeit*, mientras su vecino, piense en términos de *force majeure*...y que al final, podrían arrojar soluciones contradictorias. Que a pesar de esto, no podrían ser susceptibles de asimilaciones anglosajonas,

---

\* LIU CHENGWEI, *Force Majeure: perspectives from the CISG, UNIDROIT principles, PECL and case law*, 2<sup>nd</sup> Edition: Case annotated, April, 2005; JHON HONNOLD, *Uniform law for international sales under 1980 United Nations Convention*, 3<sup>rd</sup> ed., Kluwer Law International, 1999, p. 472-495.; PHILIP LANE BRUNER, *Force majeure: world-wide excuse for contractual non-performance*, Bruner and O'Connor on Construction Law, West Group, November, 2001; JOSEPH M. LOOKOFSKY, *The 1980 United Nations Convention for the international sale of goods*, en J. Herbots ed./ R. Blanplain general ed., International Enciclopedia of Laws – Contracts, Suppl. 29, Kluwer, December, 2000, p. 1- 192; BARRY NICHOLAS, *Force majeure and frustration*, en 27 American Journal of Comparative Law, 1979, p. 231-245; JOERN RIMKE, *Force majeure and hardship: application in international trade practice – with specific regards to the CISG and the UNIDROIT principles of international commercial contracts*, Kluwer, 1999-2000, p. 193-243; PETER SCHLECHTRIEM, *Uniform sales law: The UN- Convention on contracts for international sales of goods*, Vienna: Manz, 1986; DENIS TALLON, *Comments on article 79 CISG*, en Bianca-Bonell, *Commentary on the international sales law*, Giuffrè, 1987, p. 572-595; JACOB S. ZIEGEL, *Report to the uniform law conference of Canada on convention on contracts for the international sale of goods*, 1981, p. 33-167.

<sup>174</sup> BARRY NICHOLAS, *Op. Cit.*

tales como la *frustration* o *impracticability*, por tenerse claro, que la estirpe del *impedimento* es continental europea<sup>175</sup>, y para algunos, francesa<sup>176</sup>.

Y que al final no obsta, para que también se vea en esta clase de excusa, un fundamento puramente objetivo, o bien, subjetivo, cualquiera que sea el sistema jurídico del intérprete; respondiendo el primero, al modelo del *common law*, de responsabilidad contractual objetiva, en tanto el segundo, fundamentado en la culpa, en una responsabilidad contractual subjetiva<sup>177</sup>. Cualquiera que se asuma, podrá arrojar diferentes consecuencias, por que la evaluación del primero de ellos, podrá resultar mucho más estricta, pero que consideramos, no será de ordinaria observancia, habida cuenta que, la naturaleza del *impedimento* responde más a una estructura continental europea, y por lo tanto, por regla general sustentada en la culpa, y excepcionalmente objetiva (obligaciones de resultado).

Es decir, que el artículo 79 de la Convención de Viena, enfrenta muchas críticas, y más allá de ellas, una gran posibilidad de interpretaciones acerca de su significado, de su verdadero alcance; inclusive de la posibilidad de que el artículo referido comprenda el concepto de *hardship*, pero que observamos, debe ser descartado por varias razones, históricas, y de naturaleza.

En cuanto a las históricas, habremos de resaltar las propuestas noruega y alemana en la redacción del artículo 79, que buscaban un alcance mucho más amplio para la disposición en comento, en la que cabía la posibilidad de que se comprendiera dentro del *impedimento* la noción de *hardship*; pero que conforme se advierte por la doctrina<sup>178</sup>, fue propuesta rechazada, y a la vez sustituida por un *impedimento* asimilable al concepto clásico de *force majeure*, fenómeno imprevisible e irresistible, y por lo tanto, exonerador de cumplimiento.

Mientras que a lo referente a las consideraciones de la naturaleza, se advierte claramente, que los efectos del *hardship*, o mejor, los remedios para éste, difieren de aquellos que resultan del *impedimento*; debido a que tal y como ocurre en la legislación francesa, la solución para el primero es el *rebus sic stantibus*, en tanto que para el segundo, la máxima es *ad impossibilia nemo obligatur*.

Así mismo, verificadas las condiciones para la configuración del *impedimento* (art. 79,1), como evento *ajeno a la voluntad de las partes* (irresistible), sobre el que no cabía *razonablemente esperar que se tuviese en cuenta en el momento de la celebración del contrato* (imprevisible), por el cual sus consecuencias se presentan como insuperables, y sobre el cual no responde la parte afectada por éste, se agrega una obligación extra. Esto es, que verificado el impedimento, como hecho imprevisible e irresistible, que afecta alguna de las obligaciones que emanan del contrato, surge para la parte afectada una obligación nueva, la de comunicar a su

---

<sup>175</sup> JACOB S. ZIEGEL, *Op. Cit.*.

<sup>176</sup> JOERN RIMKE, *Op. Cit.*.

<sup>177</sup> RICARDO CARDILLI, *Il ruolo della "dottrina" nella elaborazione del "sistema": l'esempio della "responsabilità contrattuale"*, en *Roma e America*, Mucchi editore, 1996, p. 98.

<sup>178</sup> JOERN RIMKE, *Op. Cit.*.

contraparte acerca de la ocurrencia del evento<sup>179</sup> (art. 79, 4), so pena de indemnizar los perjuicios que cause tal negligencia, por no haberse comunicado el *impedimento* dentro de plazo razonable, o aun, por simplemente no comunicarse.

Y con todo, condicionada la fuerza liberatoria de la causa extraña, a que en caso de que se trate de dependientes, los requisitos del hecho se den también para estos<sup>180</sup> (art. 79,2), con doble fuerza liberatoria, respecto a quienes les subcontrata, y a quienes se contrata; teniéndose además de esto, la liberación solo durante la vigencia del hecho, para este caso, e inclusive para fuera de éste (art. 79, 3).

Venga entonces la respectiva cita al artículo:

#### *Sección IV. Exoneración*

##### *Artículo 79*

*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 total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de*

*responsabilidad:*

---

<sup>179</sup> Comunicación que debe cumplir con una carga de claridad suficiente, con miras a evitar futuros conflictos: “Los hechos del caso demuestran que, el demandante cumplió sus obligaciones y que, cuando se materializó el caso de fuerza mayor, el demandante notificó al demandado, no una imposibilidad para satisfacer la parte restante del contrato, sino la suspensión de la entregas por el período de un mes. El demandado entonces, no estaba habilitado para suspender el pago del precio de la compra por 90 toneladas, bajo el supuesto de la alegada terminación anticipada.”: Arbitraje de la CCI n°. 8790 de 2000.

<sup>180</sup> “La Corte advierte que la entrega de bienes defectuosos puede constituirse como impedimento a la luz del art. 79(1) de la Convención Internacional de Venta de Mercaderías. Que también resalta, que para ser excusado por no-cumplimiento, el vendedor debe demostrar que se debió a un impedimento fuera de el control que éste ejercía, que el impedimento no fue tenido en cuenta al momento de la celebración del contrato o que el impedimento y sus consecuencias no habrían podido ser evitados o superados por un vendedor razonable (artículo 79 (1) de la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías). La corte sostiene entonces, que dadas las circunstancias, el defecto no se encontraba por fuera del control del vendedor, a pesar de la fluida relación comercial, no era razonable para el vendedor contar con los productos de su proveedor sin prueba alguna, por tratarse de un producto nuevo en el mercado. La Corte sostiene más adelante, que aun cuando el vendedor hubiese actuado como simple intermediario, sería responsable por la falta de conformidad de los bienes. Dado a que en tales casos, el proveedor de un intermediario no puede ser visto como tercero conforme al art. 79(2) de la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías.”: Oberlandesgericht Zweibrücken, Alemania, 31 de marzo de 1998; Vd. también la decisión del Bundesgerichtshof Alemán, del 24 de marzo de 1999, en el mismo sentido.

- 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.

Por último, se entiende que los riesgos inherentes al cambio de legislación son riesgos asumidos por la parte afectada<sup>181</sup>, el hecho del príncipe no libera, no se asimila al *impedimento*; consideración que vale en general para todo el derecho internacional privado, y que tiene como fundamento, el efecto del acto de autoridad sobre la parte incumplida, el agravar su posibilidad de cumplimiento<sup>182</sup>, pero en manera alguna, hacer de ella un imposible<sup>183</sup>. Posición a la que cabe la salvedad siguiente, y es que en tratándose de entidades de derecho público, que contratan a niveles internacionales, el hecho del príncipe se asimilará al *impedimento*, en tanto este no le sea imputable, es decir, que se observe como una verdadera causa extraña, y en tal evento, realmente liberadora<sup>184</sup>.

Empero, la regla es que el acto de autoridad no libera, por tratarse de un riesgo que se asume por las partes, el riesgo legal se dice, y que a pesar de esto, podría tener interpretación distinta en ordenamientos de corte francés o italiano<sup>185</sup> al respecto, en los que entendiéndose un acto de autoridad como causa extraña, en tanto cumpla el requisito de inimputabilidad a la parte que lo alega, podría considerarse como liberatorio, y en tal caso, excepción a la regla, en la medida en que ese riesgo no ha sido distribuido, y por lo tanto, amerita una asunción por alguna de las partes.

---

<sup>181</sup> JOSEPH M. LOOKOFKY, *Op. Cit.*

<sup>182</sup> Procedimiento de arbitraje de la Federación Rusa, 198/200 de 30 julio de 2000.

<sup>183</sup> FILALI OSMAN, *Op. Cit.*, p. 191.

<sup>184</sup> *Ídem*, p. 201.

<sup>185</sup> GIOVANNA VISINTINI, *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para la redacción de un código tipo en materia de contratos en El contrato en el sistema jurídico latinoamericano, bases para un código latinoamericano tipo II*, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 80-81.

## 5.2. Cláusulas de fuerza mayor en los contratos internacionales\*

De manera semejante a la estructura que se observa en los instrumentos de corte continental en el tema que nos ocupa, los principales modelos de cláusula de *fuerza mayor* para contratos internacionales responden a tal esquema; una contradicción sí se recuerda las críticas que sobre algunos de ellos pesan, tales como el art. 79 de la Convención de Viena o la cláusula 19 del Red Book de FIDIC de 1999, que obedecen al modelo que hemos puesto de presente. Sin embargo, y más allá de profundizar sobre las críticas de vaguedad, y aleatoriedad en su interpretación por los jueces nacionales, lo que nos interesa destacar, es que existe una coherencia entre los principales instrumentos internacionales de origen intergubernamental, lo mismo que los de estirpe netamente corporativa.

Es decir, existe una adaptación entre las propuestas de fórmulas internacionales, por lo menos en los principales modelos propuestos a las partes para la elaboración de sus contratos, donde resultan significativos el modelo de la Cámara de Comercio Internacional de París, y el Red Book de FIDIC. Propuestas de elaboración de cláusulas, que recogen el concepto continental de la *fuerza mayor*, en particular la estructura francesa de imprevisibilidad e irresistibilidad, pero que agregan a éste, elementos como la suspensión durante el impedimento, y la carga de notificación por parte del afectado.

La previsión de lo imposible en el nivel negocial internacional podría advertirse más esmerada<sup>186</sup>, en consideración a las distintas contingencias que están en juego, es decir, la incertidumbre sobre las decisiones de los jueces respecto a eventuales diferencias sobre una causa extraña, o bien, lo que las partes mismas consideran como evento liberatorio, y la correspondiente notificación a su contraparte sobre el hecho. No obstante esto, la práctica demuestra que más que una redacción concertada entre las partes, se acude a modelos contractuales, que responden adecuadamente a las necesidades de las partes, en razón de que recogen la experiencia de otros operadores internacionales, dentro de las cuales se cuentan con huelgas, actos de autoridad, y en general, impedimentos, que no resultan permanentes<sup>187</sup>.

---

\* MARIA PAULA DURAN PIEDRAHITA, *La cláusula de fuerza mayor en los contratos internacionales*, en Revista de Derecho Privado, Universidad de los Andes, N. 21, Febrero de 1998; ANTHONY T. KRONMAN- RICHARD A. POSNER, *The economics of contract law*, Little, Brown, Boston, 1979.

<sup>186</sup> “En un contrato internacional, las partes persiguen adoptar una noción transnacional de exención de responsabilidad por un impedimento, en lugar de los conceptos nacionales, pues éstos son mucho más exigentes y estrictos. Este intento se evidencia en las cláusulas de fuerza mayor en las cuales hay una referencia expresa a lo “entendido internacionalmente como force majeure”, o “lo reconocido generalmente como force majeure”.”: MARIA PAULA DURAN PIEDRAHITA, *Op. Cit.*, p. 204.

<sup>187</sup> “En otros casos, los eventos de fuerza mayor son definidos de tal manera que no necesariamente hacen el cumplimiento imposible, pero obstaculizan el cumplimiento normal de la obligación, o la hacen exorbitante desde un punto de vista industrial o comercial. Aquí se ve claramente como en el campo internacional las partes prefieren adoptar la figura de la

De manera entonces, que subsumiéndose el problema internacional de la *fuerza mayor* más que en un tema de verdadera y absoluta imposibilidad (como normalmente se concibe en las legislaciones nacionales), y aun, sin prescindir de los eventos en que se presenten impedimentos de tal naturaleza, la cláusula de *fuerza mayor* se endereza a resolver la distribución económica de los riesgos asumidos por las partes, en adjudicar lo imprevisto, de acuerdo a unos determinados criterios. Asunto sobre el que vale pena ahondar en las consideraciones económicas, en lo que doctrinariamente se reconoce como *the economics of contract*<sup>188</sup>, tema desarrollado por la literatura jurídico-económica de los países anglosajones, de los que rescatamos el valor de sus análisis, y su utilidad para nuestro sistema.

Así entonces, ponen de presente estos estudios, como el contrato es una distribución de riesgos, y en especial, como la cláusula de *fuerza mayor*, o bien, los pronunciamientos judiciales<sup>189</sup> relacionados con la *frustration*, o en general, la imposibilidad del cumplimiento, son las distribución última de los mismos<sup>190</sup> (de los riesgos), de aquello que en términos continentales, reconoceríamos como lo *imprevisto*, o lo que denominan ellos, la asunción de riesgos; punto sobre el que se miran diferentes puntos, tales como: los seguros, el auto-aseguramiento, y las finanzas de las partes. Se pensará entonces, que quien tenga un seguro, se haya autoasegurado, o no vea afectada sus finanzas de manera considerable por el evento extraño<sup>191</sup> será, quien deba asumir el riesgo.

Pero además de eso, debe verificarse una *previsión* de las partes, anterior al impedimento, una especie de auto-aseguramiento diríamos, en la parte jurídica, en la redacción de la cláusula de *force majeure*, con atención a su capacidad de

---

*impracticability del derecho estadounidense.*": MARIA PAULA DURAN PIEDRAHITA, *Op. Cit.*, p. 205.

<sup>188</sup> ANTHONY T. KRONMAN- RICHARD A. POSNER, *The economics of contract law*, Little, Brown, Boston, 1979, p. 122-138; ROBERT COOTER y THOMAS ULEN, *Law and economics*, Third Ed., Addison-Wesley, 2000.

<sup>189</sup> "Debido a que la negociación y redacción son costosas, un contrato eficiente no será explícito sobre cada contingencia. De hecho, muchos contratos no especifican las soluciones al incumplimiento. Cuando el contrato omite tales remedios, la Corte debe suplirlos.": ROBERT COOTER y THOMAS ULEN, *Op. Cit.*, p. 226.

<sup>190</sup> ANTHONY T. KRONMAN- RICHARD A. POSNER, *Op. Cit.*, p. 122.

<sup>191</sup> "Una de las implicaciones más importantes del comportamiento de aversión al riesgo es que la gente paga para hacer frente ante las eventualidades inciertas. Esto es, que una persona con aversión al riesgo preferirá una eventualidad cierta de menor valor frente a una incierta de mayor valor. Y hay tres maneras en que una persona con aversión al riesgo puede hacer esto. Primero, puede comprar un seguro a otra persona. Segundo, se puede auto-asegurar. Esta forma implica incurrir en gastos para minimizar la probabilidad de ocurrencia de eventos inciertos o de minimizar la pérdida económica ante una contingencia en particular. Un ejemplo de ello sería la instalación de un detector de humo en casa. Otra forma de auto-asegurarse es disponiendo una cantidad de dinero para responder por posibles pérdidas. Tercero, una persona con aversión al riesgo que pretende inmiscuirse en un negocio riesgoso puede buscar la reducción del precio que está dispuesto a pagar en tal negocio.": ROBERT COOTER y THOMAS ULEN, *Op. Cit.*, p. 49.

cumplimiento; es decir, verificar en un orden cronológico los siguientes puntos: 1. las partes concurren de buena fe, con el ánimo de llevar a feliz término lo pactado, a la celebración del contrato, expresando su capacidad real y obligándose, sólo por aquello que concientemente saben que pueden cumplir, esto es, no obligándose a lo imposible; 2. en consecuencia con el primer momento, las partes toman medidas para la realización del objetivo del contrato, esto es, se aseguran ante las eventualidades, bien mediante previsiones contractuales, o bien mediante la contratación de seguros, ejecución de buena fe; 3. Fallidas las consideraciones de los dos primeros momentos, el juez del caso otorgará el riesgo a quien tenga mejor aptitud de asumirlo<sup>192</sup>.

De manera que, en tratándose de un riesgo, en el que se verifica mayor aptitud del deudor para su asunción, habrá incumplimiento por parte de éste<sup>193</sup>, lo contrario, esto es, el otorgamiento del riesgo al acreedor, por una mejor aptitud de asunción del riesgo, permitirá hablar de *fuerza mayor*, es decir, incumplimiento y *fuerza mayor* son correlativos, atienden a la capacidad de asunción de lo imprevisto por las partes, que como se ha visto, se determina bajo una serie de supuestos. De manera que, cuando ha sido el deudor, quien ha podido prever la ocurrencia de un evento irresistible (por que es a él a quien en primer término se le confía la defensa de sus intereses, por ser quien mejor conoce su capacidad de cumplimiento), o que bien previéndolo ha tomado medidas contra el mismo (seguro, auto-aseguramiento), será entonces él quien responda por el evento extraño; en el entendido, de que corresponde a él la carga del cumplimiento, y por lo tanto, todas las medidas concernientes a impedir el incumplimiento; pero, sí a pesar de esto, la asunción de tales medidas resulta desproporcionada con relación a su carga, por que tomándose todas ellas, resultó inevitable el acaecimiento del insuceso, entonces el evento extraño ha de ser tomado por el acreedor, quien se supone, tiene mejor aptitud para soportar tal pérdida.

Esta entonces, es la disyuntiva que subyace en el razonamiento de los jueces, según los estudios económicos, una reflexión meramente financiera, de ver a quien corresponde el riesgo en un primer término, y de ver sí podía bajo el estado de sus finanzas responder por tal hecho, teniendo claro que no ha habido una omisión en la prudencia, es decir, que no se ha obligado a lo imposible, ni ha habido culpa de alguna manera (piénsese en la *imprevisión* del deudor por ejemplo), y agotado esto, acompañado de una mejor fortaleza financiera por parte del acreedor, por tener

---

<sup>192</sup> “La doctrina de la imposibilidad se ocupa de las contingencias que hace el cumplimiento imposible. Estas contingencias representan un riesgo [...] los economistas tienen una teoría de asunción eficiente del riesgo. La eficiencia requiere la distribución del riesgo en las personas que pueden enfrentarlo a un menor costo. Sí la doctrina de la imposibilidad en el tema contractual fuera eficiente, asignaría la responsabilidad a la parte que puede asumir el riesgo de un cumplimiento devenido en imposible a un menor costo.”: ROBERT COOTER y THOMAS ULEN, *Op. Cit.*, p. 267.

<sup>193</sup> “Desde el punto e vista económico – y dejando de lado, pero solo momentáneamente, los costos administrativos- el descargo debe ser permitido cuando el acreedor promitente es quien tiene mejor aptitud para asumir el riesgo: sí el deudor promitente es quien tiene mejor aptitud para asumir el riesgo, su no cumplimiento será tratado como incumplimiento del contrato.”: ANTHONY T. KRONMAN- RICHARD A. POSNER, *Op. Cit.*, p. 122.

éste un seguro, haberse auto asegurado, o en general tener unas mejores finanzas, será éste quien asuma el riesgo. Pero reiteramos, la adjudicación del riesgo imprevisto e irresistible, evento de *fuera mayor* al acreedor, ocurre sólo cuando la capacidad de soportar el riesgo por el deudor ha fallado, cuando su aptitud de asunción resulta fallida a pesar de las medidas positivas para evitarlo, y cuando además de eso, la capacidad del acreedor resulta idónea.

Sin embargo, valga advertir, de que en tratándose de riesgos que se han asumido, de manera libre y voluntaria, como por ejemplo, cuando una de las partes contrae una determinada obligación, en la que no libera ni siquiera una *fuera mayor*, o en general una causa extraña, por que así se ha pactado, las consideraciones económicas no operan, esto es, no hay lugar a la adjudicación del riesgo, sino que verificamos la intangibilidad del acuerdo, diríamos en tal caso *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

En fin, las consideraciones económicas son un punto relevante en la redacción de las cláusulas de *fuera mayor*, pues al fin y al cabo, lo que se está estableciendo en ellas, es que se radicará el riesgo no asumido por las partes en cabeza del acreedor, bajo el supuesto de que se trata de asuntos en los que éste tiene mejor aptitud que su deudor para asumirlos. Siendo esto el fondo del tema, y habida cuenta de que lo *imposible* no es tan *imposible* en los contratos internacionales, se erige la salvaguarda de la contraparte, de sus intereses (la buena fe contractual), como elemento fundamental de éste tipo de relaciones, que explica la necesidad de notificación a la contraparte ante el acaecimiento de lo *extraño*, es decir, de permitir la transmisión de éste riesgo, de una manera leal, conforme al que debe ser el “espíritu” del contrato.

### 5.2.1. El modelo de la Cámara de Comercio Internacional de París\*

El modelo de cláusula de la Cámara de Comercio Internacional de París es un referente de grande importancia internacional, que recoge los conceptos de: (a) ausencia de control de la parte, (b) imprevisibilidad al momento de la conclusión del contrato, y (c) insuperabilidad razonable del impedimento o de sus efectos, para la estructuración de un evento como de *fuera mayor* con función liberatoria o suspensiva; supuestos todos, que deben ser acreditados por la parte incumplida, y salvo acuerdo expreso o implícito entre las partes, sí lo que se pretende es alegar el hecho extraño con fines a la liberación, o a la suspensión del vínculo.

Requisitos que por demás, debe cumplir cualquiera otra parte inmersa en el contrato que quiera acometer las mismas finalidades, piénsese por ejemplo en un subcontrato, circunstancia prevista en el modelo de cláusula de la ICC en su numeral segundo<sup>194</sup>, donde se establece que cuando una parte contratante quiera hacer valer su impedimento, sobrevenido a la parte que ésta ha subcontratado,

---

\* ICC, *Fuerza mayor e imprevistos*, 1985; ICC, *Force majeure clause 2003 and ICC hardship clause 2003*, ICC publication N°. 650 (E).

<sup>194</sup> Numeral segundo de la última edición, esto es, la de año de 2003.

deberá demostrar que los tres supuestos han sido sufridos por su subcontratista. De manera entonces, que la imposibilidad que excusa a una parte del contrato, se comunica a la otra, toda vez, que tal circunstancia resulta oponible en virtud de lo pactado.

Consideraciones sobre las que no habremos de olvidar, que opera la autonomía dispositiva de las partes, es decir, ellas pueden hacer más gravosa la liberación por eventos extraños, o bien, más ligera, o sujetar a cualquier condición la proposición de cualquiera de estas excusas, pues se tiene claro, que el tema de la *fuera mayor* es de libre estipulación entre las partes, y por lo tanto, sujeto solo a los límites del orden público y las buenas costumbres.

Sin embargo, volviendo a la propuesta de cláusula de *fuera mayor* sugerida por la ICC, encontramos que en el numeral tercero de la misma se enumera un listado de eventos, de los cuales puede resultar el impedimento, dentro de los cuales se incluyen los ejemplos típicos de guerra, desastres naturales, explosiones, huelgas, actos de autoridad, y hasta actos de terrorismo. Punto sobre el que resaltamos su irrelevancia, pues así lo han corroborado numerosos casos, en jurisdicciones nacionales e internacionales, al señalar que lo determinante no es el evento en sí, sino cualquiera que cumpla los requisitos anotados, sin ellos, pueden presentarse cualquiera de los casos enumerados, y a pesar de ellos, no verificarse la función liberatoria o suspensiva de la cláusula.

No obstante, las partes pueden por medio de estipulaciones, someter eventos a los efectos de la *fuera mayor* sin que ellos reúnan los requisitos del modelo de la ICC, o bien los de las legislaciones nacionales; esa es una prerrogativa clara de la autonomía de las partes, reconocida incluso por decisiones arbitrales de la ICC<sup>195</sup> y acorde con la flexibilidad del concepto de *fuera mayor* a nivel internacional. Y es que se observa, en especial bajo los efectos del modelo de la ICC, contenidos en el numeral cuarto y sexto, que la causa extraña puede producir liberación o suspensión de las obligaciones, en atención a la naturaleza del hecho constitutivo, recogiendo probablemente, los aportes de los diferentes sistemas continentales de imposibilidad de cumplimiento.

Punto sobre el que se agrega una carga, y es que sí se sufre un evento que cumple los requisitos establecidos (los que propone el modelo, o lo que acuerden las partes), se impone el deber de notificar a la contraparte la ocurrencia de tal circunstancia; de forma operará la suspensión o la liberación, desde el acaecimiento en tanto se comunique a la contraparte sin demora, o bien, desde la recepción de la notificación cuando se ha producido con demora. Es decir, verificado el evento extraño, la *fuera mayor*, la parte no cumplida debe notificar a su acreedor de tal circunstancia, sí lo hace sin demora, los efectos se producen desde la ocurrencia del mismo; sí es lo contrario, esto es, demora, los efectos se producen a partir de la recepción de la notificación.

---

<sup>195</sup> Sentencia N° 3093/3100.

Sumado a esto, y anotación que parecería superflua, pero no por esto innecesaria, es la de la accesoriedad de las sanciones, punto sobre el que se ocupa el numeral quinto del modelo de cláusula, en el que aclara, que invocándose exitosamente la causal de *fuera mayor*, no habrá lugar a responsabilidad por daños, o cualquier otra clase de sanción contractual por incumplimiento. Consecuencia lógica, sí se observa el contrasentido que sería liberación y responsabilidad en un mismo plano, o bien, suspensión y responsabilidad en el mismo sentido.

En todo caso, el invocar el impedimento liberatorio o suspensivo, no conculca la lealtad de las partes, y así lo reitera el modelo de cláusula de la ICC, donde se advierten los siguientes deberes: 1. en tratándose de impedimentos temporales, con efecto suspensivo, deberá notificarse a la contraparte la cesación del obstáculo cuando ello se verifique, esto es, que recuperando el cumplimiento su aptitud de cumplimiento, procederá a notificarse, y a volver las cosas al estado en que estaban (numeral sexto); 2. en cualquiera de los casos, esto es, en el efecto suspensivo o liberatorio, la parte que alega la causal, deberá tomar todas las medidas necesarias para limitar los efectos del hecho. Es decir, que aun tomando los beneficios de lo imposible (los efectos de la *natura*), la corrección entre las partes debe mantenerse firme (*fides bona*), por que lo que se busca, la proba preservación del vínculo, la confianza entre las partes.

Así mismo, en tratándose del tema del respeto por los intereses de los contratantes, el modelo dispone en su numeral octavo, que cuando la duración del impedimento tiene como efecto el privar, a una o ambas partes, de lo que razonablemente era esperable en virtud del título pactado, cualquiera tendrá derecho a dar por terminado el contrato, mediante notificación dentro de un período razonable. Acción, que deberá acompañarse, conforme al numeral noveno, del pago de cualquier beneficio obtenido antes de la terminación del contrato, que consideramos, naturalmente no comprende las obligaciones cobijadas por la *fuera mayor*, y limitada a los restantes beneficios que pudieren haberse percibido, antes de la resolución del acuerdo.

El modelo de la ICC se erige pues, como paradigmático para los operadores internacionales, y además de ello, como unificador de lo que podría concebirse como la noción continental de la imposibilidad; ya que como se ha visto, recoge aportes de los diferentes sistemas. En fin, su recepción se palpa en diferentes modelos de contratos internacionales, e incluso en modelos nacionales<sup>196</sup>.

---

<sup>196</sup> En Colombia por ejemplo encontramos los siguientes ejemplos: Laudo arbitral de Termocolombia vs. ICEL, de 16 de marzo de 1979 en el que se estipula una cláusula que asimila determinadas huelgas a un evento de *fuera mayor*, y se impone el deber de notificación: “Precisamente, el contrato 2593 en la cláusula cuadragésima cuarta regula la *fuera mayor*, que podría calificarse por su incorporación en el documento negocial, como convencional. Estipula la cláusula en mención: “*fuera mayor o caso fortuito*. El contratista quedará exento de toda responsabilidad por cualquier dilación de las obras durante la ejecución del contrato, cuando se compruebe que tales hechos son el resultado de caso fortuito o *fuera mayor*, al tenor del artículo 1º de la Ley 95 de 1890. Cuando se trate de huelgas que afecten a los organismos industriales del proveedor a quienes incumba el incumplimiento del pedido, o bien si dicho daño o dilación se debiere a la inutilización durante la fabricación de un importante componente del

### **5.2.2. Cláusulas de force majeure en los contratos de construcción internacionales\***

En tratándose de contratos internacionales de construcción, las cláusulas de *force majeure* reflejan mas que una liberación, un efecto de extensión de tiempo durante la vigencia del impedimento<sup>197</sup>; esto es, que verificándose el evento excepcional,

---

*equipo contratado o a cualquier otra circunstancia ajena a la responsabilidad del contratista, estos hechos constituirían fuerza mayor o caso fortuito si reúnen las calidades que exigen los principios legales sobre la materia. En tal caso de fuerza mayor comprobada, el contratista tendrá derecho a la ampliación del plazo mientras tal hecho o sus consecuencias subsistan, pero no a indemnización alguna. Para considerar la exoneración de la responsabilidad de que trata esta cláusula, el contratista deberá enviar notificación escrita a ICEL dentro de los 15 días calendario siguientes al acontecimiento que ha motivado a la demora. Tan pronto ICEL haya recibido la notificación procederá a comprobar el hecho y a estudiar la extensión del plazo.”* Y que condujo a decidir: “*que los hechos que menciona el contratista, como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, no reúnen las cualidades previstas tanto por la Ley 95 de 1890 como en el contrato 2593, por cuanto carecen de la gravedad e identidad necesarias para su estimación exculpatoria o liberatoria, unos, las demoras en los embarques de la Flota Grancolombiana, las dificultades en el puerto de Barranquilla, roturas en la grúa Barrancabermeja, dificultades del remolcador, los nuevos impuestos; otros, como el caso de las huelgas, no está acreditado que hubiesen imposibilitado la confección de los equipos o piezas importantes de estos, ni el despliegue de su eficacia, ni el nexo de casualidad entre el resultado alegado y el hecho que se aduce como fortuito”.*; En el Laudo arbitral de Prodesic S.A. vs. Promociones San Alejo (en liquidación) de 30 de noviembre de 2004, las partes acuerdan que los cambios bruscos del mercado se tendrán como eventos de *fuerza mayor*, punto interesante sobre el que el tribuna se pronunció de la siguiente manera: “*Así mismo, la cláusula décimo séptima del contrato en análisis dispuso: “Causales de terminación del presente contrato: convienen las partes contratantes que el presente contrato terminará por causas de fuerza mayor o caso fortuito. Dentro de la fuerza mayor se incluyen los cambios bruscos en el mercado”. Valoración idéntica a la anterior merece esta cláusula en el sentido de que no operó en el presente caso. Si bien hubo crisis en la construcción, la cual de suyo impidió la ejecución del contrato en el término inicialmente presupuestado por las partes, esto no produjo la terminación del acuerdo, sino su prórroga o dilatación en el tiempo para el momento en que arribaren tiempos más propicios.”*

\* JAN VAN DUNNÉ, *The changing of the guard: force majeure and frustration in construction contracts: the foreseeability requirement replaced by normative risk allocation*, 20 (2) en *International Construction Law Review*, 2002, p. 162- 186; JIMMIE HINZE, *Construction contracts*, Second edition, Mc Graw Hill, 2001; D. BRYAN MORGAN, *International construction contract management*, RIBA enterprises, 2005; Vd. también: MAXIMILIANO RODRIGUEZ FERNANDEZ, *El contrato internacional de construcción: aspectos generales*, en *Revista Emercatoria*, Vol. 5, No. 1; MAXIMILIANO RODRIGUEZ FERNANDEZ, *La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de construcción*, en *Revista Emercatoria*, Vol. 6, No. 1.

<sup>197</sup> “*Las extensiones de tiempo pueden ser otorgadas por numerosas condiciones. La mayoría de los contratos de construcción permiten extensiones. Una típica provisión indicará que el otorgamiento de un tiempo contractual adicional procederá cuando el contratista se encuentre en mora debido a “causas imprevisibles más allá de su control y sin culpa o negligencia del contratista” y que el contratista “no estaba en capacidad de prever”. Tales causas son frecuentemente referidas como fuerza mayor, las cuales incluyen actos de Dios, expropiación de instalaciones, cambios en la ley aplicable, guerra, terremoto, cambio de gobierno, rebelión,*

imprevisible e irresistible<sup>198</sup>, la parte afectada podrá alegarlo mediante notificación a su contraparte, con miras a obtener una extensión de tiempo, una excusa de sus obligaciones por el período en el que se verifique la *fuera mayor*. Es decir, más que un evento con fuerza liberatoria del vínculo, un evento con fuerza suspensiva del mismo; no se extingue la relación, se suspende la exigibilidad de las obligaciones, en consideración a circunstancias que las hacen inejecutables.

Al respecto, resulta pertinente hacer alusión a los principales modelos de contratos tipo de construcción<sup>199</sup>, que incorporan expresamente cláusulas de *force majeure*, y dentro de los cuales encontramos el ICE *Conditions of Contract*, el *Joint Contract Tribunal for the Standard Form of Building Contract*, y el *Red Book* de FIDIC; patrones contractuales para los contratistas internacionales, y dentro de los cuales resaltamos el *Red Book*, por ser el de más amplio uso, como también, el que ha sido revisado más recientemente (1999), y a la vez, el más discutido académicamente.

Conviniendo entonces señalar, que la cláusula de *force majeure* de FIDIC es de estirpe continental<sup>200</sup>, y en tal medida, extraña en un contrato tipo de clara descendencia anglosajona<sup>201</sup> (como lo es éste modelo), que a pesar de esto, responde a la urgencia de distribución de los riesgos imprevistos, y en general, la solución de impedimentos que afectan a las partes. Que se refiere a un evento excepcional o a unas circunstancias (a) fuera del control de una de las partes, (b) que no ha podido ser previsto razonablemente antes de la conclusión del contrato, (c) que habiendo acaecido no resulta superable razonablemente, y (d) que no puede ser sustancialmente atribuible a la otra parte (cláusula 19.1 del *Red Book*).

Es decir, que la definición del *Red Book* parece hacer una mezcla interesante entre conceptos continentales y anglosajones, pues se observa, que destacan los elementos imprevisible e irresistible, acompañados naturalmente de la no culpa de las partes, pero además de estos, del concepto de lo razonable, tan propio del sistema del *common law*, con el que observamos una fórmula no desdeñable. Y que además de ello, recoge los principales rasgos de las formulas internacionales, en particular la notificación en un tiempo prudencial a la contraparte (14 días después de que se tuvo o debió haber tenido conocimiento del hecho, según la cláusula 19.2 del *Red Book*), con especificación de las obligaciones afectas por la ocurrencia de tal acontecimiento, lo mismo que una notificación cuando se verifique la cesación del evento de *fuera mayor*, con miras a cumplir el deber de minimizar las demoras (cláusula 19.3).

---

*disturbios civiles, sabotajes, disturbios, inundaciones, cambios severamente inusuales de clima, incendios, explosiones, huelgas, o causas similares.*": JIMMIE HINZE, *Op. Cit.*, p. 222.

<sup>198</sup> D. BRYAN MORGAN, *Op. Cit.*, p. 125.

<sup>199</sup> EWAN MCKENDRICK, *Op. Cit.*, p. 216.

<sup>200</sup> JAN VAN DUNNÉ, *Op. Cit.*.

<sup>201</sup> Conviniendo no olvidar, que las cláusulas de *fuera mayor*, en particular en el derecho inglés, surgen como mecanismo de flexibilización ante la rigidez de la doctrina de la *frustration*, y que siendo esto, la consecuencia natural, en los modelos tipo provenientes de ésta familia, sea la inclusión de una formula de ésta clase, explicación del origen de la cláusula 19 del *Red Book* de FIDIC, es decir, ella evidencia los esfuerzos por flexibilizar la *frustration*.

Recordando entonces, que la principal función de ésta cláusula es suspensiva de las obligaciones (cláusula 19.4 (a)), el modelo FIDIC propone un límite para sus efectos, esto es, que agotado un período continuo de 84 días, o discontinuo de 140 días de suspensión, cualquiera de las partes podrá comunicar a la otra la terminación del contrato (cláusula 19.6), con las correspondientes restituciones que al caso convengan, conforme a lo pactado, y a las sugerencias que ofrece el modelo.

Por otro lado, y punto relevante en lo que concierne a los efectos de ésta cláusula es el tema de los costos, que generalmente se considera neutral entre las partes, y como tal no reembolsable<sup>202</sup>; pero sobre los que la forma FIDIC hace distinciones, en el sentido de considerar un listado de eventos como reembolsables, en tanto que descartando ello en otros. No es razonable tal distinción desde una perspectiva continental, en la que resulta claro que los hechos por sí solos no constituyen causa irresistible, de forma que se diga, como se propone en la cláusula 19.4 (b), que sólo en tratándose de una serie de eventos (como rebeliones, disturbios, municiones de guerra, catástrofes naturales, entre otros), y que ocurren dentro del país, se reembolsarán los costos, y que en tratándose de otra serie de eventos con igual fuerza (guerra, hostilidades, invasión, y actos de enemigos extranjeros), aun dentro del país, o aun, que ocurriendo fuera de él, y no por esto siendo menos imprevisibles e irresistibles, no haya lugar al reembolso.

La distinción que hace la cláusula 19.4 (b) de FIDIC es completamente objetable, por ser irrazonable en sus distinciones, de allí en adelante, que corresponda entonces a las partes corregir tal incoherencia, pues no habrá de olvidarse, que el *Red Book* es sólo un contrato tipo, y que por consiguiente, intenten las partes contratantes corregir las imperfecciones del modelo que toman, o bien, asumir las consecuencias de tal imperfecto.

En lo tocante con el ámbito de aplicación de la cláusula, mejor, de su exclusión diríamos, observamos como las obligaciones dinerarias, o en términos de FIDIC, obligaciones de pago, no se admite imposibilidad alguna, probablemente por recepción, o bien, reconocimiento de la regla: *genera non pereunt*, sobre la que se admite pacto en contrario (Cláusula 19.2 inciso final). Proposición que consideramos acertada, habida cuenta del ámbito de aplicación de la teoría de la imposibilidad, y de la facultad de disposición de las partes sobre la misma.

Por último, el contrato tipo FIDIC contempla la “*liberación de cumplimiento bajo la ley*” (cláusula 19.7), supuesto en el que, salvo pacto en contrario, las partes se ven liberadas del cumplimiento de sus obligaciones contractuales; en razón de la ocurrencia de cualquier evento por fuera de su control, constitutivo o no de *fuerza mayor* (y no limitado por ésta), que sea imposible o desleal según la ley que gobierne el contrato, sobre el que naturalmente habrá de notificarse. Es decir, las partes inmersas en un contrato de éste tipo, además de tener en cuenta lo propuesto por éste modelo, habrán también de cerciorarse acerca de la ley que

---

<sup>202</sup> D. BRYAN MORGAN, *Op. Cit*, p. 125.

gobierne el contrato, pues ella, y las posibles distinciones que se han puesto de relieve a lo largo de éste escrito, podrán determinar lo debido o no debido, lo posible o lo imposible.

Empero, destacamos las particularidades y bondades del contrato FIDIC, que opta por una constante comunicación entre las partes, además de una clara distribución de riesgos; podría decirse que en éste modelo, pocas cosas resultan imprevisibles, y las que lo resultan, terminan siendo objeto de discusión reglada entre las partes, de manera entonces, que las circunstancias constitutivas de *fuera mayor*, por regla general en esta área, cumplen una función suspensiva, antes que resolutoria, y que por lo tanto, exigiría desligar de consideraciones nacionales, en las que, como se ha observado, el efecto de la *fuera mayor* es resolutorio.

El contrato FIDIC impide que excusas fútiles sean usadas como causas liberatorias, visto está que la función de la cláusula de *force majeure* dista de liberar a las partes, aunque bien puede llegar a ser un preludio de la terminación del contrato; sin embargo, no admite que se use para cosa distinta que una extensión de tiempo, cosa razonable, sí se recuerda que los contratos de construcción internacionales se caracterizan precisamente por la planeación milimétrica, previsión contractual profesionalísima, en la que de entrada, uno de los elementos de la *fuera mayor* desaparece, restando únicamente lo irresistible, y más que esto, lo razonablemente resistible, en lo que además, no debe haber mediado culpa. Así, cuando se verifique un hecho, razonablemente irresistible, no imputable a la parte que lo alega y que mediante la previsión contractual no ha sido impedido, las consecuencias son básicamente la suspensión además de la eventual recuperación de algunos costos en que se ha incurrido, y ningún otro.

Las razones de estos particulares efectos no pueden ser otras que la previsión y la presencia de los seguros que suelen acompañar éste tipo de contratos, y que venga aquí el resaltar la coincidencia de estos puntos con la ya señalada doctrina de *the economics of contract*; por que conforme a éste modelo, corresponde al constructor ser previsor, además de asegurarse (tomar un seguro), la superación del riesgo, es decir, trasladándole a él, la mayor capacidad de asunción del mismo, de manera que, siendo éste quien puede asumirlo, no convenga hablar de resolución del contrato, sino de una modulación del mismo, la atribución del riesgo irresistible al acreedor, de manera temporal, consistente en eventuales pérdidas, de manera residual, y extraordinaria, no es a él a quien corresponden los riesgos de ejecución del contrato, y aun cuando los asume, por circunstancias extraordinarias, no lo hace de manera indefinida.

En fin, las cláusulas de *force majeure* en los contratos de construcción internacionales, gozan de unas particularidades, producto de la peculiar naturaleza de los contratos de construcción internacionales, pero no por ello, ajenas a las características de la *fuera mayor* a nivel internacional ni a eventuales distinciones nacionales, en estos, como en cualquier otro caso, la *impossibilitas* dependerá de la *fides bona*, de la *natura* y de la *aequitas*.

## Conclusiones

- 1) La noción de la *fueraza mayor* como evento liberatorio se encuentra vigente en el derecho comparado e internacional.
- 2) Las distinciones históricas y doctrinarias entre la *fueraza mayor* y el *caso fortuito* han sido superadas suficientemente en el derecho privado.
- 3) El derecho continental no encuentra una identidad entre sus conceptos de *force majeure*, *impossibilità sopravvenuta* y *unmöglickeit*, sin embargo, comparten una noción más o menos semejante de imposibilidad.
- 4) La *fueraza mayor* en Colombia se encuentra en letargo jurisprudencial desde hace un siglo, y es necesario una actualización en tal punto.
- 5) La *frustration* del derecho inglés atiende a la doctrina de lo imposible, no obstante, la dificultad de su reconocimiento, la ha vuelto inaplicable.
- 6) La rigidez de la *frustration* ha dado origen a la adopción de cláusulas de *force majeure*.
- 7) La *impracticability* norteamericana se erige como una figura atractiva a los intereses económicos de las partes, no obstante ello, su desarrollo en la jurisprudencia americana no da cuentas con exactitud de su naturaleza.
- 8) A nivel internacional, la *fueraza mayor* es hoy por hoy un concepto flexible, reflejo de la autonomía contractual sobre el mismo.
- 9) A pesar de la flexibilidad de la *fueraza mayor* internacionalmente, su principal dificultad radica en las divergencias que puedan suscitarse en razón de la ley aplicable.
- 10) Los modelos contractuales internacionales, sobre *fueraza mayor*, buscan reiterar la flexibilidad, y erradicar posibles divergencias de jueces nacionales.
- 11) Destaca la particularidad funcional de la cláusula en algunos sectores de la economía internacional, tal como el de la construcción, en el que la cláusula FIDIC de *force majeure* cumple una función principalmente suspensiva.
- 12) A pesar de los matices que hay sobre el concepto de *fueraza mayor*, la imposibilidad sigue siendo una, esto es, aquella que atiende a los criterios de *natura*, *fides bona* y *aequitas*.