

Algunas consideraciones sobre la *vis maior* como causa de incumplimiento de los contratos y su tratamiento en el art. 7.1.7 de los Principios Unidroit de 2004

M^a Teresa Duplá Marín
Universidad Ramón Llull de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DEL PRESENTE TRABAJO. EL ESPÍRITU DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT DE 1994 Y DE 2004: ¿UN CAMINO HACIA UN NUEVO *IUS COMMUNE*?

Hablar en nuestros días de algo tan presente como el llamado “proceso de unificación europea” nos conduce, en lo que respecta al ámbito jurídico privado, a todos los intentos surgidos en las últimas décadas por generar unos principios comunes a Europa, un nuevo *Ius commune*, y en concreto, en cuanto al Derecho Comercial se refiere, sin duda alguna, a referirnos, entre otros, a los denominados Principios UNIDROIT. Pretender, en estos momentos, justificar un estudio de los posibles precedentes romanos de dichos Principios resulta, relativamente lógico, a la vez que sencillo, teniendo en cuenta no solo lo anterior, sino también la temática del presente Congreso: el Derecho Comercial: de Roma al Derecho Moderno.

Se puede afirmar, que el punto de arranque del movimiento unificador del Derecho Privado de los países europeos hay que buscarlo en momentos anteriores a la suscripción en 1957 del Tratado de Roma, y sin duda, surge como fruto de un sentimiento que pone de manifiesto, tanto la necesidad de armonizar, como la posibilidad de superar la diversidad legislativa por la vía de los instrumentos unificadores, ya sea en el ámbito de las normas de conflicto, ya sea en el del derecho material¹. Sin embargo, y tras varios intentos, realmente es a

1 En este sentido, es preciso recordar que ya aparecen indicios de este proceso incluso en el s. XIX, con el Convenio de la Unión de París, 20.3.1883, en materia de protección de nombres comerciales, y con las Reglas de York y Amberes de 1887, sobre la avería común.

partir de 1980 cuando podemos hablar del resurgimiento de una nueva “*lex mercatoria*”: primero, con la aprobación, en dicho año, de la sectorial pero, desde el punto de vista técnico y doctrinal, importantísima *Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*²; segundo, con la formulación, en la siguiente década, de los dos proyectos no legislativos de ámbito general en materia contractual, ambos de una importancia científica clave: por un lado, los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales* de 1994, con una segunda edición de 2004³, elaborados por un grupo de trabajo del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), y por otro, los *Principios del Derecho Europeo de Contratos* preparados en el seno de la Unión Europea por la llamada “Comisión LANDO”⁴, con una primera parte publicada en 1995, revisada y complementada con una segunda del año 2000, y una tercera parte del 2003⁵. Y tercero, con la publicación del Proyecto preliminar de Código Europeo de Contratos, resultado de los trabajos de un grupo de juristas bajo la coordinación del profesor GANDOLFI de la Universidad de Pavía⁶.

UNIDROIT, “*Institut International pour l’Unification du Droit Privé*”, organismo intergubernamental independiente, se fundó en 1926 bajo los auspicios de la

2 Realizada en Viena el 11 de abril de 1980, y a la que se adhirió España por Instrumento 17-7-1990 (BOE 30-1-1991, n° 26, con rectificaciones en BOE 22-11-1996, n° 282).

3 Vid. al respecto en cuanto a novedades introducidas en esta segunda edición, BONELL, *UNIDROIT Principles 2004- The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law*, *Uniform Law Review*, 2004, pp. 5-40.

4 En este sentido es de destacar que el Profesor LANDO lanzó en el *European University Institute* la idea de la construcción de un Código Comercial Uniforme Europeo. Y aunque la Comisión que se constituyó al efecto no estaba compuesta por representantes de los Estados, sino por razón de su autoridad personal, lo cierto es que la mayoría de ellos no eran otros que los que intervenían en UNIDROIT para la redacción de la *Principios*. Esto explica que el contenido de los borradores preparados por la Comisión LANDO no se diferencien sustancialmente de los Principios UNIDROIT.

5 Las diferencias, tanto sustanciales como formales de ambos textos han sido puesto de relieve por la doctrina. Vid. por todos, ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, Roma, 1998, p. 18.

6 En el que la figura que estamos estudiando pierde claramente protagonismo, contemplándose en el párrafo 1° del art. 162, con similares características de “cause étrangère, imprevisible et irrésistible” del art. 1147 del Code de Napoléon.

Sociedad de Naciones, con la finalidad general de promover la unificación del Derecho privado, estudiando los medios de armonizar y de coordinar el Derecho privado de los Estados y de generar mecanismos de adopción de normas unitarias en éste ámbito. Dicho Instituto, con sede en Roma, cuenta en la actualidad con 60 estados miembros de todo el mundo, entre los que se encuentra España.

En 1971 el Consejo de Dirección de UNIDROIT decidió embarcarse en un ambicioso proyecto, primero denominado “*Progressive Codification of International Trade Law*” y más tarde rebautizado con la denominación de “*Principios para los Contratos Comerciales Internacionales*”⁷. Los Principios son de aplicación conectada a la autonomía de la voluntad indicando expresamente su preámbulo que “*deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones*”. Así, en estos momentos, cuando se cumplen ya 10 años de su primera formulación, y dos ediciones publicadas, debe reconocerse que su éxito, tanto desde el punto de vista práctico como doctrinal, ha sido excepcional⁸. UNIDROIT identifica sus Principios con un moderno *ius commune* del comercio internacional, por lo que en su Preámbulo estima que “*pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los principios generales del derecho, la lex mercatoria o expresiones semejantes*”.

Esta constatación, y una particular y personal confianza, desde hace años, como romanista, en el éxito de las tentativas emprendidas en el terreno de la armonización y de la unidad del Derecho privado, me han llevado a la elección, como tema de mi comunicación, de los precedentes romanos de una parte del contenido de los Principios UNIDROIT. En este sentido, el trabajo que presento tiene por objeto el análisis de una figura sin duda fundamental, a la vez que

7 Los estudios preliminares fueron encargados a los profesores DAVID, SCHMITTHOFF y POPESCU, como representantes, respectivamente, de la tradición jurídica romanística, del derecho de *Common Law* y de los países socialistas. Una primera versión preparada por los tres profesores se sometió al examen de diversas instituciones y en 1980 se creó un grupo de trabajo, posteriormente ampliado, que redactó los diferentes capítulos, por ponentes. El Consejo de Dirección de UNIDROIT remitió el proyecto a más de cien colaboradores y, con el resultado de sus observaciones, publicó en 1994 las versiones inglesa y francesa de la que sería primera edición de los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*.

8 Vid. extensa bibliografía al respecto recogida en unilex.com, UNIDROIT, Principles in General.

problemática, ya desde la época romana y hasta nuestros días, en el ámbito de la responsabilidad contractual: la *vis maior* o fuerza mayor, entendida ésta como una de las principales causas de incumplimiento de las obligaciones que trae, como consecuencia directa, la exoneración de la responsabilidad del deudor⁹. Así recogen las fuentes romanas, entre otros, supuestos concretos de responsabilidad del comodatario, del tintorero o lavandero –*fullo*–, del sastre –*sarcinator*–, del precarista, del naviero –*nauta*–, del bodeguero –*caupo*–, del mesonero –*stabularius*¹⁰– y del dueño del almacén en el que se depositan objetos –*horrearius*–¹¹, todos ellos precedentes¹², sin duda, de los actuales intercambios económicos entre agentes de igual o, como caracteriza la época actual, de diferentes nacionalidades.

9 Si bien, como matiza FONTAINE en *Les dispositions relatives au Hardship et à la Force majeure*, en *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997, pp.189 y 191, en la práctica actual, las cláusulas de fuerza mayor confirman el efecto de exonerar de la responsabilidad, pero en cuanto a los efectos sobre la ejecución de las obligaciones, ponen el acento no en la extinción, sino en la suspensión de la misma, que, si dura un tiempo, puede incluso llevar a la propia renegociación del contrato. Por lo que es habitual que la aplicación de las cláusulas de fuerza mayor prevean el nacimiento de obligaciones nuevas específicas, como son, la de notificar el suceso y la de ejercer los máximos esfuerzos para que finalice el obstáculo. Lo cual se separa radicalmente de las consecuencias de la *Frustration*, que libera definitivamente a las partes de sus obligaciones respectivas. Vid. en este sentido, por todos, CHITTY, *Chitty on Contracts*, 27 ed., vol. 1, London, 1994, p. 1024.

10 Tratados, estos tres últimos, por EXNER, *Der Begriff der höheren Gewalt (vis maior) im römischen und heutigen Verkehrsrecht*, Wien, 1883, limitando su trabajo al análisis de la fuerza mayor en el contrato de transporte y en el de hospedaje, pero siendo pionero en la denominada responsabilidad por riesgo de empresa.

11 La tenencia de almacenes públicos, tal y como indica EXNER en *De la Fuerza mayor en el Derecho Mercantil Romano y en el actual*, traducción al castellano de la obra *Der Begriff der höheren Gewalt (vis maior) im römischen und heutigen Verkehrsrecht*, (Wien, 1883), Madrid, 1905, pp. 103-105, era una de las empresas predilectas de los capitalistas romanos, y su uso se extendió con el tiempo, no sólo al depósito temporal de los géneros del comercio, sino también a la guarda segura de objetos preciosos de todas clases. En este sentido los *horrea* eran, continua dicho autor, instituciones establecidas en gran escala, con vastos espacios destinados al almacenaje y con mucho personal.

12 De los que LUZZATTO, en *Caso Fortuito e Forza Maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. I. Responsabilità per custodia*, Milano, 1938, pp. 65-262, realiza un examen detallado.

El tratamiento aislado y particular de la fuerza mayor en el artículo 7.1.7 de los Principios UNIDROIT¹³, tanto en su primera edición de 1994, como en la 2^a, de 2004, y en ambos casos, sin variación alguna, atrajo mi interés y curiosidad, en un intento de demostrar hasta qué punto se corresponde el contenido de dicho precepto, como propuesta de concepto transnacional, no lo olvidemos, con los precedentes romanos. Este es, sin duda, el objetivo principal del presente estudio, centrado, en concreto, en el párrafo primero de dicho artículo en el que se describen, de forma detallada, los elementos que deben caracterizar el impedimento que da lugar al incumplimiento de la obligación, para que pueda hablarse de existencia de fuerza mayor¹⁴. Ya que, como indicó MIÑANA¹⁵ en el prólogo a la magnífica obra de EXNER de finales del s. XX, es una realidad histórica “que los caracteres de la *vis maior* andan vagando por la legislación y por la jurisprudencia como si esperasen que alguien los reuniese para formar el concepto de fuerza mayor”.

Todo ello unido a la necesidad, subrayada en reiteradas ocasiones por la doctrina, de unificar o armonizar dicho concepto en la práctica comercial internacional, donde la variedad de regulaciones y de soluciones, tanto legales como jurisprudenciales, ha llevado a la costumbre habitual de contemplarla y regularla a través de las condiciones generales de los contratos, de contratos-tipo, o de cláusulas específicas, entiendo que son causas suficientes para acometer un estudio de la misma.

No obstante esto, y lejos de pretender volver a la histórica polémica sobre la distinción de la *vis maior* y el *casus fortuitus*¹⁶, presente todavía en nuestros días¹⁷,

13 Cuyo contenido se corresponde prácticamente al del artículo 8.108 de los Principios LONDON, del que reproducimos su párrafo primero, objeto del presente estudio: “*El incumplimiento de una de las partes es excusable si se prueba que se debió a un impedimento fuera de su control y que no se podía suponer razonablemente que dicho impedimento hubiera sido previsto en el momento de la conclusión del contrato, ni tampoco que se hubiesen evitado o superado el impedimento o sus consecuencias.*”

14 Dejamos, seguramente para un trabajo posterior, el análisis de un tema de tanta relevancia práctica como el de los efectos de dicho incumplimiento, apuntando, eso sí, la falta, como hemos apuntado en la nota 9, de absoluta concordancia con los precedentes romanos.

15 *De la Fuerza mayor en el Derecho Mercantil Romano y en el actual*, cit., p. 13.

16 Vid. por todos, respecto al Derecho romano, DE MEDIO, *Caso fortuito e forza maggiore nel diritto romano*, BIDR, 20, 1908, pp. 157 y ss.

17 En este sentido vid. resumen detallado de las distintas opiniones doctrinales realizado por CANDIAN, en *Caso fortuito e forza maggiore*, *Diritto civile*, NNDI, II, 1957, pp. 988-989.

aunque como indica la doctrina, bastante superada ya¹⁸, partimos, como premisa, de la interpretación genérica que se ofrece en los Comentarios Oficiales a dichos Principios¹⁹, advirtiendo que la elección de la expresión “Fuerza mayor” para dar título al artículo 7.1.7 estuvo motivada por el hecho de que ésta era ampliamente conocida en la práctica comercial internacional, sin pretender con ello que se identificase con ninguna de las teorías nacionales al respecto²⁰. En síntesis, como apunta BERNARDINI²¹, nos encontramos ante supuestos en los que la ejecución de la prestación debida deviene imposible sin culpa por parte del obligado, y las soluciones que se ofrecen por los diferentes ordenamientos nacionales se justifican por la aplicación, en cada caso, de instituciones como la *frustration*, *failure of presupposed conditions*, *impossibility of performance* (en los

18 DEL OLMO, *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones*, Pamplona, 2004, pp. 221-242.

19 UNIDROIT *Principles of international commercial contracts*, Roma, 2004, p. 207.

20 Que no se corresponde con la expresión genérica que aparece en el artículo 8.108 de los Principios LANDON (Excuse due to an Impediment). Lo cual choca, también, con la costumbre existente hasta el momento, si tenemos en cuenta que el claro precepto inspirador de dicho artículo es el art. 79 de la Convención de Viena de 1980, cuyo título “Exoneración” recoge prácticamente el mismo contenido que el art. 7.1.7 objeto del presente estudio, estableciendo lo siguiente: 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 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.*

21 *Hardship e force majeure*, en *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997, p. 196.

sistemas del common law) e *impossibilita sopravvenuta*, *Unmöglichkeit*, *force majeure* (en los sistemas del civil law)²².

Por lo tanto, y por lo que respecta a nuestro trabajo, interpretamos que es una expresión amplia comprensiva, a pesar de su omisión, de lo que tanto en época romana como en la actual entendemos por *casus fortuitus*, y también de expresiones similares que serán objeto del presente estudio²³.

2. LA FUERZA MAYOR EN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT DE 2004²⁴: ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS QUE DEBEN CARACTERIZAR EL HECHO EN QUE CONSISTE EL IMPEDIMENTO (ARTÍCULO 7.1.7.1)

Como he indicado en un inicio, tanto en la primera edición de los principios, de 1994, como en la 2^a, de 2004, se ofrece una regulación única e invariable del supuesto de Fuerza mayor. Éste se encuentra recogido al final de la sección 1^a del capítulo 7 (Incumplimiento), en la que se aborda el tema del “Incumplimiento en general”, y junto con: la definición del incumplimiento (art. 7.1.1)²⁵, la interferencia de la otra parte (art. 7.1.2)²⁶, la suspensión del cumplimiento

22 Lo que no puede obviarse, como matiza EXNER en *De la Fuerza mayor en el Derecho Mercantil Romano y en el actual*, cit., p. 26, es que todos los términos con los que históricamente se ha expresado dicho concepto de Fuerza mayor —“Gottes und Feindes Gewalt” (fuerza de Dios y del enemigo); “unabwendbare Zufall” (accidente inevitable) etc.— no son más que traducciones, como tendremos ocasión de constatar en las páginas siguientes, de los empleados en el *Corpus Iuris*, para interpretar la noción de *vis maior* y las expresiones similares. Y, como continua el autor, es evidente que el origen de una denominación manifiesta el origen del concepto.

23 En este sentido nos hacemos eco de la opinión de DEL OLMO, cuando en *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones*, cit., p. 81, advierte acertadamente, que si bien el contenido no se corresponde con el modelo alemán ni con el italiano, sí que se acerca bastante a la noción de Fuerza mayor del ordenamiento francés.

24 Vid. principal bibliografía al respecto recogida por BONELL en *Un “codice” internazionale del Diritto dei Contratti. I principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano, 1995, pp. 436-437; y la más reciente, recogida en unilex.com, article 7.1.7.

25 “El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”.

26 “Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo”.

(art. 7.1.3)²⁷, la subsanación del incumplimiento (art. 7.1.4)²⁸, el período suplementario para el cumplimiento (art. 7.1.5)²⁹, y la cláusulas de exoneración (art. 7.1.6)³⁰. Concretamente se recoge en el artículo 7.1.7, redactado por FURMSTON,

27 (1) *“Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación.*

(2) *Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido”.*

28 (1) *“La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando:*

(a) *notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación;*

(b) *la subsanación sea apropiada a las circunstancias;*

(c) *la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y*

(d) *dicha subsanación se lleve a cabo sin demora.*

(2) *La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento.*

(3) *Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificación efectiva de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar.*

(4) *La parte perjudicada puede suspender su propia prestación mientras se encuentre pendiente la subsanación.*

(5) *A pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación”.*

29 (1) *“En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder, mediante notificación a la otra parte, un período suplementario para que cumpla.*

(2) *Durante el período suplementario, la parte perjudicada puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ningún otro remedio. La parte perjudicada puede ejercitar cualquiera de los remedios previstos en este Capítulo si la otra parte le notifica que no cumplirá dentro del período suplementario o si éste finaliza sin que la prestación debida haya sido realizada.*

(3) *En caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial, la parte perjudicada que ha notificado a la otra el otorgamiento de un período suplementario de duración razonable, puede resolver el contrato al final de dicho período. El período suplementario que no sea de una duración razonable puede extenderse en consonancia con dicha duración. La parte perjudicada puede establecer en su notificación que el contrato quedará resuelto automáticamente si la otra parte no cumple.*

(4) *El parágrafo (3) no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora”.*

30 *“Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato”.*

y en el que se señala, bajo el título genérico de Fuerza mayor (Force Majeure), lo siguiente:

- 1) *El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.*
- 2) *Cuando el impedimento es 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*³¹.
- 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*³².

Como punto de partida es oportuno recordar que nos encontramos ante uno de los temas que genera una mayor trascendencia en el comercio, y no solo a nivel nacional, sino internacional, tanto desde un punto de vista práctico, como teórico. Como indica FONTAINE³³, se trata de cuestiones que afectan a todo

31 Lo que sin duda recuerda la idea, recogida en un fragmento del Digesto (D. 5,1,36 pr. *I cog.*) en el que el jurista Calístrato afirma la posibilidad de que se conceda dilación en la presentación de unos papeles en un juicio, sin que se entienda por ello que se ha incumplido la obligación, cuando dicho retraso está justificado por la concurrencia de un caso fortuito, como es en el supuesto planteado, el fallecimiento del padre del que debe litigar.

32 No han tardado en llegar las críticas a la versión española de los Principios UNIDROIT, señalando expresamente MORAN BOVIO en *Comentario a los Principios UNIDROIT para los contratos de comercio internacional*, Pamplona, 1999, pp. 333 y ss., que en dicha traducción existen erratas y defectos gramaticales. Crítica a la que nos sumamos, por lo que aquí respecta, al menos en cuanto a la versión que se da del art. 7.1.7 y que no se corresponde exactamente, con la versión original inglesa en la que se señala lo siguiente: *“Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences”*.

33 *Les dispositions relatives au Hardship et à la Force majeure*, en *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, cit., pp. 185 y 190.

tipo de contratos y que pueden perturbar o retrasar de forma seria las expectativas de las partes contratantes, y de ahí, como continúa dicho autor, que se haya dedicado, en concreto a la fuerza mayor, un específico artículo en los Principios UNIDROIT. Además, para dicho autor, su tratamiento individualizado supone un avance en cuanto que se consagra como una causa de exoneración, teniendo presente que no se admite, en principio, en todos los sistemas jurídicos.

Así, tal y como indica la doctrina, la comisión encargada de redactar los Principios, y en concreto el redactor, opta, sin duda, y como veremos más adelante como reflejo de una costumbre histórica³⁴, por ofrecer, en el primero de los párrafos, un concepto o definición, de carácter descriptivo y amplio, de lo que debe entenderse por fuerza mayor, indicando los elementos que deben concurrir para que pueda interpretarse que existe un supuesto de *vis maior*, y huyendo, como matiza BERNARDINI³⁵, de la referencia expresa a los concretos sucesos o circunstancias que dan lugar a la misma. No obstante esto, es oportuno remarcar la ausencia, en los Comentarios Oficiales a dichos Principios³⁶, de parámetros a través de los que se puedan o deban interpretar los requisitos establecidos, apuntando la doctrina más actual, que son, el término “impedimento” y la “razonabilidad”³⁷, entendida ésta última como “ordinaria diligencia”, los

34 Ya en su momento EXNER, en *De la Fuerza mayor en el Derecho Mercantil Romano y en el actual*, cit., p. 25, al principio de su obra pone de manifiesto que los autores de las leyes existentes, tanto en la época del autor, como en la romana, no pretendieron establecer con ellas un concepto de fuerza mayor, ni aclararlo, ni fijarlo, sino simplemente aceptarlo y emplearlo en la práctica como un concepto ya dado. El mismo autor recoge en su obra, pp. 71-75, algunos de los principales intentos de la doctrina por dotar a la fuerza mayor de un concepto preciso.

35 Lo cual supone un avance respecto de las cláusulas contractuales en las que éstos suelen aparecer con un valor meramente ejemplificativo. Vid. al respecto, BERNARDINI, *Hardship e force majeure*, cit., p. 202; y en relación a la experiencia canadiense, DARANKOUM, *L'application des Principes d'UNIDROIT par les arbitres internationaux et par les juges étatiques*, en *Journées Maximilien-Caron: Les Principes d'UNIDROIT et les contrats internationaux: aspects pratiques*, *Revue Juridique Thémis*, vol. 36. n° 2, 2002, p. 455, en la que se cita de forma genérica, y a modo de ejemplo, como supuestos típicos, las catástrofes naturales, los conflictos armados, algunas dificultades de transporte o de aprovisionamiento y ciertos accidentes de explotación o conflictos de trabajo.

36 UNIDROIT *Principles of international commercial contracts*, cit., pp. 1-385.

37 Como indica BERNARDINI, en *Hardship e force majeure*, cit., p. 204, parece que se refieren con esta expresión a la “ordinaria diligencia”.

dos aspectos más controvertidos³⁸. En el segundo párrafo se recoge la excepcionalidad, en cuanto a funcionamiento y efectos se refiere, del supuesto en el que el impedimento presenta un carácter temporal, y por tanto, en el que puede darse el cumplimiento de la obligación *a posteriori*. En el tercero, se establece la obligación por parte del deudor de notificar al acreedor el impedimento y el impacto en su facultad de cumplir, así como las consecuencias en caso de no cumplir con dicha obligación. Y finalmente, en el cuarto, la posibilidad, en cualquier caso y una vez producido el impedimento, de solicitar la resolución del contrato, su suspensión, o la reclamación de intereses en caso de deuda dineraria.

A partir de este momento, voy a centrar mi atención en el análisis del primer párrafo del artículo 7.1.7, puesto que supone, a mi juicio, la parte principal del artículo y del tema que nos ocupa. Esto es, en concreto, en el análisis de los elementos que deben concurrir, y por tanto caracterizar, el impedimento que da lugar al incumplimiento de la obligación, y que, de lo que se deduce de los Principios UNIDROIT, son los siguientes:

- a) En primer lugar, *debe tratarse de un impedimento ajeno al control del deudor*: con ello se pone de manifiesto el carácter externo del hecho, en el sentido amplio del término, esto es, y sobre todo, como veremos, la necesidad de ausencia de culpa o negligencia por parte del obligado a cumplir.
- b) En segundo lugar, *debe tratarse de un impedimento que al momento de celebrar el contrato no cabía razonablemente esperar o haberlo tenido en cuenta*: con ello se pone de manifiesto el carácter imprevisible del hecho, y
- c) En tercer lugar, *debe tratarse de un impedimento que no cabía evitar o haber superado sus consecuencias*: con lo que se pone de manifiesto el carácter inevitable o insuperable de las consecuencias del hecho³⁹.

Partiendo, en nuestro análisis, de la ya comentada ausencia de criterios para interpretar dichos elementos, en la redacción del artículo 7.1.7 en su párrafo 1º,

38 Vid. al respecto, DEL OLMO, *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones*, cit., p. 82.

39 A lo que podríamos añadir las notas de actualidad, esto es, que sea un hecho presente, no mera amenaza, y de supervivencia del impedimento a la obligación, esto es, que el impedimento debe acontecer con posterioridad a la constitución de la obligación.

aparecen las ya clásicas características del caso fortuito y de la fuerza mayor, esto es: el carácter externo del hecho, el carácter imprevisible y el inevitable⁴⁰.

No obstante esto, juegan, a mi juicio, un rol fundamental el uso de las partículas “y”/”o” que aparecen a lo largo del mismo. Me explico. La primera de las características señaladas —hecho externo— y la segunda —hecho imprevisible— están unidas por la conjunción “y”, lo que debe interpretarse en el sentido de que, para que exista un supuesto de fuerza mayor o *vis maior*, ambas deben concurrir. No sucede lo mismo con el último elemento que hace referencia al hecho inevitable o insuperable, ya que los redactores utilizan la partícula “o”, con carácter claramente disyuntivo, lo que en mi opinión debe interpretarse, unido a lo anterior, como indicativo de dos supuestos diferentes recogidos por la norma: uno, aquel en el que debe concurrir, para que pueda hablarse de un supuesto de fuerza mayor, el carácter externo del hecho en que consiste el impedimento y, a su vez, su carácter imprevisible al tiempo de contratar; y otro, siempre partiendo del hecho externo, elemento fundamental y común en ambos casos, que conduce a afirmar la posibilidad de que el hecho fuese previsible pero, en este caso, que no se hubiese podido evitar. Todo ello, en definitiva, quizás nos conduce a la histórica polémica doctrinal en torno a la distinción, compleja y sin duda difícil, entre el supuesto de caso fortuito y de fuerza mayor, ya que, recordemos, el intento por separar dichas figuras llevó en su momento a una parte de la doctrina a afirmar que la distinción se encuentra justamente en el carácter “evitable” o no del hecho en que consiste el impedimento⁴¹. Pero, como advierte en su momento EXNER⁴² “no hay nada en sí mismo inevitable o irresistible”. Lo inevitable, continua dicho autor, “es precisamente una cosa esencialmente relativa, existente solamente comparando un conjunto dado de medidas y medios de resistencia con el accidente que hay que evitar”.

Dejando la polémica aquí, por quedar fuera, como indiqué en un inicio, de los objetivos del presente trabajo, sí que entiendo que es oportuno y adecuado

40 Reconocidos, incluso, por muchos ordenamientos iberoamericanos. Vid. al respecto, BANCHIO, *Principios aplicables en materia de caso fortuito o fuerza mayor*, en *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, Padova, 1996, p. 293-306.

41 Vid. por todos EXNER, *De la Fuerza mayor en el Derecho Mercantil Romano y en el actual*, cit., pp. 48 y ss.

42 *De la Fuerza mayor en el Derecho Mercantil Romano y en el actual*, cit., p. 49.

recordar lo indicado en páginas anteriores: que el supuesto de hecho contemplado por el artículo 7.1.7, en su párrafo primero, es ciertamente amplio en cuanto a su configuración se refiere, y que evidencia el intento⁴³, por parte de los redactores de los Principios, de generar un concepto amplio que contempla, a mi juicio, tanto el clásico supuesto de fuerza mayor como con el de caso fortuito.

En este sentido, indica BERNARDINI⁴⁴, que los dos primeros elementos reflejan una difundida práctica en la redacción de los contratos de comercio internacional, respondiendo a evidentes razones de equilibrio en las posiciones de ambas partes, puesto que cada una de ellas tiene derecho a la normal ejecución del contrato. Siendo esto así, en caso de existir un impedimento que no sea extraño a la actividad de la parte que tiene que cumplir, y por tanto bajo su esfera de control, no se da el primero de los requisitos necesarios para que pueda hablarse de fuerza mayor.

En síntesis, el hecho debe ser, en términos generales, no imputable al deudor. Además, un hecho debe considerarse imprevisible cuando supera la previsibilidad razonable, apunta BANCHIO⁴⁵, o sea, la aptitud normal de previsión que se puede exigir al deudor, de acuerdo con la naturaleza de la obligación y las circunstancias personales, temporales y del lugar⁴⁶. Y será inevitable, continúa dicho autor, cuando resulte irresistible para el deudor, conduciéndolo a la impotencia de impedir su acaecimiento.

3. LOS ELEMENTOS QUE CARACTERIZAN LA FUERZA MAYOR (FORCE MAJEURE) Y SU CORRESPONDENCIA EN LAS FUENTES JURÍDICAS ROMANAS⁴⁷

Una vez concretados los elementos que deben caracterizar el impedimento que da lugar a la fuerza mayor según los Principios UNIDROIT, resta cotejar

43 UNIDROIT *Principles of international commercial contracts*, cit., p. 207.

44 *Hardship e force majeure*, cit., p. 203.

45 *Principios aplicables en materia de caso fortuito o fuerza mayor*, cit., pp. 293-294.

46 Por tanto, en la misma línea apuntada hace ya más de un siglo por EXNER, en *De la Fuerza mayor en el Derecho Mercantil Romano y en el actual*, cit., pp. 75-76, en su análisis sobre la doctrina dominante en esos momentos en Alemania.

47 Lo que no quiere decir que no existan referencias en las fuentes literarias respecto de dichos supuestos, si bien, en opinión LUZZATTO, en *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*,

hasta qué punto los mismos se contemplan y se tienen en cuenta por el Derecho Romano. En este sentido, no hay que olvidar que, como indica GIARO⁴⁸, estamos ante una figura cuya aplicación, ya desde época romana, no se limita al ámbito estricto de las obligaciones⁴⁹, siendo característica común a todas ellas, que introduce una excepción a la aplicación de reglas jurídicas en otro momento válidas, y en definitiva, que tiene, como indica el autor, “una función excepcional” reflejo, en el ámbito jurídico, del propio carácter excepcional, en la vida cotidiana, de ciertos fenómenos naturales o sociales, que precisan, a su vez, de una regulación especial. Se trata, sin duda además, como pone de manifiesto LUZZATTO, en el primero de sus trabajos, de unos términos muy utilizados en el lenguaje corriente, y por tanto, que aparecen con bastante frecuencia en las fuentes extrajurídicas para referirse a los hechos, no ordinarios, que dan lugar, según opina dicho autor, en época clásica, a la *exceptio vis maioris*, y cuyo traslado al derecho justiniano, es el que realmente produce la formulación de una categoría abstracta de *vis maior* de la que el deudor no responde nunca⁵⁰. Sin embargo,

BIDR, LXIII, 1960, p. 102, n. 112, éstas se refieren simplemente a la casuística, sin ningún criterio de responsabilidad. En contra de dicha opinión se manifiesta más tarde MILELLA quien, en “*Casus*” e “*vis maior*” in Sen., “Ben” 4.39.3-4; 7.16., LABEO, 33, 1987 (3), pp. 267-297, se detiene en el análisis de dos fragmentos de la obra *de beneficiis* de SÉNECA, en concreto 4.39.3-4 y 7.16.3, demostrando que en ellos sí se recogen los efectos jurídicos exonerantes de dichos acontecimientos.

48 *Il limite della responsabilità ex cautione damni infecti. Contributo allo studio della forza maggiore nel diritto romano classico*, BIDR, LXXVIII, 1975, pp. 271-272.

49 Si bien en este estudio hemos procurado, en consideración a la temática general del Congreso, limitarnos a las fuentes en las que se establece una relación contractual que pudiese incluirse en una actividad comercial, haciendo referencia en nota a los fragmentos en los que, tratando un tema de fuerza mayor, ésta no se produce en el ámbito de las obligaciones.

50 Así, como matiza LUZZATTO en un trabajo posterior, *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, cit., p. 58, parece evidente que los compiladores crearon toda una graduación de la responsabilidad subjetiva abstracta, que va desde el dolo y la *culpa lata* o *magna negligentia* a la *exactissima diligentia*, a la *diligentia diligentissimi patrisfamilias*. Y que correlativamente, continua el autor, contraponen el *casus minor* al *maior*, *cui resisti non potest*, configurando el primero, el conjunto de sucesos que no son evitables con la *media diligentia*, aunque sí con la *diligentia* incrementada –*exactissima diligentia*, y la *diligentia diligentissimi patrisfamilias*– mientras que en ZATTO que comprende todos los eventos que son inevitables incluso con la ayuda de la máxima diligencia. En contra, DE ROBERTIS, citado por LUZZATO en *op. cit.*, pp. 106-

entendemos oportuno matizar que, respecto de esta cuestión en concreto, no existe unanimidad doctrinal⁵¹.

Sin pretender entrar en dicha polémica, puesto que excede de los objetivos de este trabajo, nos centramos en estos momentos en el análisis de las distintas fuentes jurídicas romanas en las que aparece algún supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor, con la finalidad de poner de manifiesto, una vez más, no sólo hasta qué punto la doctrina actual vuelve a figuras típicas romanas, reproduciendo, sino las mismas, sí similares características, sino también, hasta qué punto, se siguen planteando los juristas actuales las mismas cuestiones que, de lo que deducimos de las fuentes, quedaron sin resolver en época romana. A nuestro juicio, podemos, eso sí, antes de nada, afirmar que estamos ante un concepto de origen romano, atemporal, en cuanto que se usa desde entonces hasta nuestros días, universal, puesto que se contempla por prácticamente todos los ordenamientos jurídicos, y en pleno siglo XXI, como hemos visto en páginas anteriores, de una importancia básica en el ámbito del llamado Derecho Transnacional, aunque siga la doctrina, a pesar de muchos intentos, como el que nos ocupa, sin establecer un concepto único y unitario⁵².

Como punto de partida de nuestro estudio, tal y como indica TORRENT⁵³, es preciso remarcar que son distintos y variados los términos⁵⁴ empleados por los *jurisprudentes*⁵⁵ a la hora de referirse tanto al caso fortuito como a la fuerza

máxima diligencia. En contra, DE ROBERTIS, citado por LUZZATO en *op. cit.*, pp. 106-107, y MILELLA, citado en nota 47.

51 Vid. al respecto, por todos, MILELLA, “*Casus*” e “*vis maior*” in *Sen.*, “*Ben*” 4.39.3-4; 7.16., cit., p. 292 n. 80, quien resume brevemente la evolución de las principales opiniones doctrinales al respecto.

52 Cuestión ésta ya advertida a finales del s. XIX por EXNER, en *De la Fuerza mayor en el Derecho Mercantil Romano y en el actual*, cit., pp. 25-30.

53 *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005, pp. 1488-1489.

54 Vid. al respecto LUZZATTO, quien en *Caso fortuito e Forza Maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. I. La responsabilità per custodia*, cit., pp. 19-28, presenta las que son para él razones que justifican la incerteza y variedad de terminología empleada por los juristas, insistiendo en la elaboración justiniana de una doctrina sistemática al respecto.

55 Todo ello sin tener en cuenta otras tantas expresiones recogidas, tal y como muestra MILELLA, en “*Casus*” e “*vis maior*” in *Sen.*, “*Ben*” 4.39.3-4; 7.16., cit., p. 267 n. 2, en la obra de SÉNECA, como por ejemplo, *casus tristior*, *fortuiti impetus*, *fortuita vis* etc.

mayor⁵⁶. En este sentido, aparecen en las fuentes, además de los ya citados *vis maior*⁵⁷ o *casus fortuitus*⁵⁸, las expresiones *fatale damnum*, *casus maior*, *casus improvisus*, *vis magna*, *vim cui resisti non potest*, *vis divina*, *vis extraria* y *periculum vis maiores*, como principales representantes de dichos supuestos⁵⁹, siendo el término *casus fortuitus*, de todos ellos, el más empleado.

Todo lo cual, a mi juicio, y prescindiendo de otras polémicas doctrinales ya mencionadas⁶⁰, no hace más que poner de manifiesto la complejidad del supuesto en estudio, ya que si bien, según MAYER-MALY⁶¹, la noción de *vis maior* y los términos análogos a ella –*casus fortuitus*, *damnum fatale* etc.– se reconducen tanto conceptual como terminologicamente a los precedentes clásicos, pudiéndose afirmar que quizás ya en el s. II dC. se había formado, según dicho autor, una categoría general del caso exonerante, del contenido de las fuentes se

56 Como apunta GIARO, en *Il limite della responsabilità ex cautione damni infecti*, cit., p. 272, se pueden reducir a tres, las formas en las que aparece dicha figura: 1ª) en las formulaciones de hechos concretos; 2ª) en ciertos intentos de definirla, y 3ª) utilizando términos concretos. Hemos prescindido, en nuestra selección, de las fuentes en las que únicamente aparece el hecho externo imprevisible –*incendium*, *ruina*, *naufragium* etc.– y que dan entidad por sí mismos al supuesto, sin necesidad de hacer referencia a la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, puesto que entiendo que no son representativos de la expresión jurídica que estamos analizando, sino simplemente descriptivos de una concreta situación.

57 Vid. interesante resumen de VOCI, en *Diligentia*, “*Custodia*”, “*Culpa*”. *I dati fondamentali*, , SDHI, LVI, 1990, p. 126 n. 6 sobre el uso, en las fuentes jurídicas romanas, del término *vis*.

58 Respecto de la aparición del término *casus* en los escritos de SÉNECA, vid. recopilación realizada por MILELLA, en “*Casus*” e “*vis maior*” in *Sen.*, “*Ben*” 4.39.3-4; 7.16., cit., pp. 267-268, n. 3. Y en cuanto a su uso en las fuentes jurídicas vid. VOCI, *Diligentia*, “*Custodia*”, “*Culpa*”. *I dati fondamentali*, cit., p. 126 n. 4-5, y pp. 127-131.

59 Vid. al respecto, el resumen de MILELLA, en “*Casus*” e “*vis maior*” in *Sen.*, “*Ben*” 4.39.3-4; 7.16., cit., pp. 293-294 n. 80.

60 Hay que tener presente que, tal y como indica EXNER en *De la Fuerza mayor en el Derecho Mercantil Romano y en el actual*, cit., pp. 51-52, el primer autor que examina de forma especial la Fuerza mayor es GOLDSCHMIDT, quien en su Tratado sobre el *receptum nautarum* de 1871, desarrolla dicho concepto según lo que establecen las fuentes romanas sobre el *receptum*, aplicándolo después a las relaciones modernas, y más concretamente, al contrato de transporte.

61 *Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung*, en *Festschrift Steinwenter*, Graz-Köln, 1958, p. 58, citado por LUZZATTO en *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, cit., pp. 102-103.

puede afirmar, en la misma línea que LUZZATTO, la ausencia de un concepto o definición al respecto⁶². A lo que consideramos oportuno añadir que son varias las ocasiones en las que en las fuentes jurídicas aparecen juntos los términos caso fortuito y fuerza mayor, o expresiones similares, y sin establecerse distinción alguna al respecto⁶³.

3.1. Carácter externo del impedimento

El primero de los elementos que caracterizan el hecho y que está recogido en el art. 7.1.7 en su párrafo 1º de los Principios UNIDROIT, es el carácter externo del impedimento, o, como se indica expresamente, “el impedimento ajeno al control” de la persona que debe cumplir la obligación. En él se concentran, a mi juicio, las dos interpretaciones que se comienzan a hacer ya en la Glosa⁶⁴, esto es, por un lado, y desde un punto de vista subjetivo, la necesaria ausencia de la voluntad de la persona que debe cumplir, siendo éste el requisito que con el tiempo prevalece⁶⁵; y por otro, esta vez desde un punto de vista objetivo, la procedencia externa del hecho en que consiste el impedimento⁶⁶. En definitiva, que dicho “carácter externo” precisa de una interpretación extensiva, y comprensiva de dos hechos relacionados entre sí: en primer lugar, de la falta de voluntad del que debe cumplir, y en segundo, del carácter externo del hecho en sí mismo considerado⁶⁷.

62 Sobre el significado de dichos conceptos a lo largo de la historia, LUZZATTO, *Caso fortuito e Forza Maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. I. La responsabilità per custodia*, cit., pp. 1-18. Y sobre el significado originario de dichos términos vid. el análisis que realiza LUZZATTO en *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, cit., pp. 102-105.

63 Cfr. *ad exemplum*, I. 3,14,2 en el que aparece la expresión “*maiolem vim maioresve casus*” y D. 18,6,2,1 en el que se utilizan las expresiones *fatale damnum* y *vis magna*.

64 Vid. al respecto, EXNER, *De la Fuerza mayor en el Derecho Mercantil Romano y en el actual*, cit., pp. 30.

65 EXNER, *De la Fuerza mayor en el Derecho Mercantil Romano y en el actual*, cit., p. 31 n.1.

66 En este sentido las fuentes también son claras al especificar la necesidad de cumplimiento del deudor, y por tanto la no exoneración, aun en los casos en que concurre un caso fortuito o una fuerza mayor, cuando existe culpa por parte del deudor. Cfr. por todos, D. 19,2,30,4 (*Alf. III dig. a Paul. Epit.*).

67 Respecto de este último vid. interesante análisis de EXNER, en *De la Fuerza mayor en el Derecho Mercantil Romano y en el actual*, cit., pp. 133-154.

Es evidente que estamos ante el elemento principal que configura el tipo, que justifica, en último término, la exoneración del deudor, y que debe darse en todo supuesto⁶⁸, se identifiquen o no los conceptos de caso fortuito y de fuerza mayor. Por lo tanto, desde el momento en que concurre en el supuesto la culpa, el dolo o la falta de la diligencia debida⁶⁹, incluyendo aquí también los casos en los que se requiere custodia⁷⁰, o lo que es lo mismo, en el momento en que interviene, en la forma que sea, la voluntad del deudor, no podemos hablar de existencia de caso fortuito o fuerza mayor⁷¹. En este sentido, como matiza VOCI⁷², si bien el término latino *casus* que aparece en las fuentes tiene implícito, en la mayoría de las ocasiones, una idea del término negativa, esto es, en el sentido de que hay “caso” donde no hay culpa o dolo, la expresión *casus fortuitus* es de las pocas en las que se recoge una descripción positiva del mismo, entendido éste como un “acontecimiento imprevisto”⁷³.

Dicho lo cual, y en cuanto a las fuentes que hemos hallado, comenzamos por dos fragmentos de Gayo recogidos en el Digesto. En el primero de ellos, D. 19, 2, 25, 6 (*X ad ed. prov.*)⁷⁴, el jurista recurre al término empleado por los griegos

68 *A sensu contrario*, en las fuentes jurídicas romanas aparece la idea de que la “causa extrínseca”, que como vemos, caracteriza al impedimento en los supuestos de fuerza mayor de los Principios UNIDROIT, no debe asociarse únicamente con dichos supuestos, siendo también responsable el deudor, del cumplimiento de la obligación, en algunos casos en los que, sin existir fuerza mayor, el objeto perece por causa extrínseca. Cfr. al respecto C. 4,65,1 (*Ant.A. III et Balbino Cons.*).

69 Vid. al respecto, por todos, VOCI, “*Diligentia*”, “*Custodia*”, “*Culpa*”. *I dati fondamentali*, cit., pp. 29-143.

70 Tratada de forma específica por GOLDSCHMIDT en su Tratado sobre el *receptum nautarum*, tal y como resume EXNER en *De la Fuerza mayor en el Derecho Mercantil Romano y en el actual*, cit., pp. 52 y ss.

71 Y éste es el sentido unívoco de las fuentes jurídicas romanas, como se pone de manifiesto en I. 2,1,27 al diferenciar expresamente el “carácter fortuito” de un determinado hecho, del “voluntario”.

72 “*Diligentia*”, “*Custodia*”, “*Culpa*”. *I dati fondamentali*, cit., p. 126.

73 Dicho carácter principal de este primer elemento también se hace patente, a nuestro juicio, por el lugar preferente que ocupa en el párrafo 1º del art. 7.1.7 de los Principios UNIDROIT, lo que tiene una clara correlación en las fuentes al ser, de los tres citados, aquel al que se refieren los juristas en un mayor número de ocasiones.

74 *Vis maior, quam Graeci qeoa b...an appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. Apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxcit: alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur.*

“Θεοῦ βία” para hablar de la *vis maior*, aquella que llaman “Fuerza de Dios” –*teou bían apellant*–, poniendo con ello de manifiesto, a mi juicio, que se trata de una *vis* que, sin duda alguna, queda fuera del control de las personas. En este sentido, traemos a colación la opinión de EXNER⁷⁵, quien partiendo de la falta de carácter técnico-jurídico del término *vis maior* en el mundo romano, aunque no en el griego, postula que su inclusión en este fragmento puede interpretarse como el intento por parte de Gayo de determinar con mayor exactitud el sentido de la frase latina.

El segundo texto es D. 44.7.1.4 (*II aur.*)⁷⁶, en el que Gayo, esta vez utilizando el término *maior casu*, se refiere, *a sensu contrario*, a la necesaria ausencia de culpa por parte del deudor –*si culpa eius interveniat, tenetur*–.

Ulpiano, por su parte, reproduce en cuatro distintas ocasiones la idea que en estos momentos examinamos. Así, en D. 13,6,5,4 (*XXVIII ad ed.*)⁷⁷ utilizando la expresión *damnum fatale*, manifiesta la falta de responsabilidad en un caso de comodato –*dicendum est nihil forum esse imputandum*– cuando no concurre culpa por parte de los que lo contratan –*ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa inteveniat*–. En D. 16,3,1,35 (*XXX ad ed.*)⁷⁸, al tratar un supuesto de depósito, distingue expresamente entre la responsabilidad existente en caso de dolo, culpa y custodia –*ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet*–, y la ausencia en el supuesto de caso fortuito –*non tamen casus fortuitos*–. Lo que vuelve a repetirse

75 *De la Fuerza mayor en el Derecho Mercantil Romano y en el actual*, cit., p. 26 n.1.

76 *Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nibilo minus obligatus permanet: is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est. alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. Sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit.* Cfr. en el mismo sentido I. 3,14,2.

77 *Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit.*

78 *Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convenit. sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.*

en D. 19,2,9,3 (XXXII *ad ed.*)⁷⁹, pero esta vez respecto de la culpa en un contrato de arrendamiento –*si quidem fortuitus casus incendii causam intulerit, non praestabit periculum locutor: si vero culpa locatoris, quam praestare necesse est, damnum fecerit, tenebitur*–. Y finalmente, en D. 19,2,11,1 (XXXII *ad ed.*)⁸⁰, Ulpiano afirma de forma contundente la obligación de cumplir del deudor, en un supuesto en el que el propio jurista reconoce la existencia de un caso fortuito, justificando dicha obligación en un pacto previo y expreso de las partes, en el que se contempla la no realización de un determinado acto, en el supuesto contemplado, el no realizar fuego –*si hoc in locatione convenit “ignem ne habeto”*–. Con ello se pone de manifiesto, ante todo, el papel relevante, en cualquier contratación, de los pactos *inter partes*, incluso, como es el supuesto, en el caso de que se produzca un suceso de caso fortuito⁸¹. Se entiende, por tanto, en el caso planteado, que aunque exista un hecho externo, el incendio, interviene la voluntad del que debe cumplir la obligación, al incumplir conscientemente un pacto expreso, lo que nos conduce, de nuevo, a la doble interpretación antes referida sobre el “hecho ajeno al control” al que aluden hoy en día los Principios UNIDROIT, y que se centra *in fine*, recordemos, en la falta de intervención de la voluntad por parte del obligado⁸².

3.2. Hecho imprevisible e inevitable

El segundo de los elementos que tiene que concurrir para que se pueda hablar de fuerza mayor, se recoge, como vimos en páginas anteriores, en el

79 *Si colonis praediorum lege locationis, ut innocentem ignem habeant, denuntiatur sit, si quidem fortuitus casus incendii causam intulerit, non praestabit periculum locutor: si vero culpa locatoris, quam praestare necesse est, damnum fecerit, tenebitur.*

80 *Si hoc in locatione convenit ‘ignem ne habeto’ et habuit, tenebitur etiam si fortuitus casus admisit incendium, quia non debuit ignem habere. aliud est enim ignem innocentem habere: permittit enim habere, sed innoxium, ignem.*

81 Vid. EXNER, *De la Fuerza mayor en el Derecho Mercantil Romano y en el actual*, cit., pp. 169-175.

82 La misma idea vuelve a repetirse en D. 17,2,52,3 (Ulp. XXXI *ad ed.*), sobre el que volveremos más adelante, pero esta vez en relación a un robo o incendio en el ganado propiedad de unos socios. Y Paulo, por su parte, en D. 2,13,7 (III *ad ed prov.*), al comentar un supuesto de pérdida de unas cuentas que deben entregarse en un proceso, también pone el acento en la contraposición entre el *casu maiore* y la *neglegentia*, con la finalidad de determinar los efectos diferentes de cada uno de dichos supuestos y la exención de la responsabilidad, en el primero de los supuestos.

párrafo primero del art. 7.1.7 de los Principios UNIDROIT, en el que expresamente se señala que debe tratarse de un impedimento que “al tiempo de celebrar el contrato no cabía razonablemente esperar”, por lo tanto, se destaca el carácter imprevisible del hecho en que consiste el impedimento que lleva al incumplimiento de la obligación.

Dicho carácter imprevisible, aunque con bastante menos presencia, también queda recogido en las fuentes jurídicas romanas siendo Ulpiano el que afirma de forma taxativa en D. 50,8,2,7 (*III op.*)⁸³ “*quia fortuitos casus nullum humanum consilium providere potest*”, esto es, que ninguna humana inteligencia puede prever los casos fortuitos. También es el mismo Ulpiano quien en D. 17,2,52,3 (*XXXI ad ed.*)⁸⁴, al tratar la responsabilidad de unos socios ganaderos, apunta dicho carácter imprevisible calificando los daños fatales –*damna fatalia*– como aquellos que sobrevienen sin precaverse –*quae imprudentibus accidunt*– y por tanto, de los que no responden los socios⁸⁵. Y por último, en C. 4,24,6 (*Alex. A Trof.*)⁸⁶, al tratar la responsabilidad de un acreedor por los objetos dados en prenda, se afirma que de lo que acontece por casos fortuitos –*quae fortuitus casibus accidunt*– cuando no se había podido prever –*quum praevideri non potuerant*– no se responde en ninguna acción de buena fe –*nullo bonae fidei indicio praestantur*–⁸⁷.

83 *Si eo tempore, quo nominatus est, idoneus, postea lapsus facultatibus damnum debitis rei publicae dederit: quia fortuitos casus nullum humanum consilium providere potest, creator hoc nomine nihil praestare debet.*

84 *Damna quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare: ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit: quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit. haec vera sunt, et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt quamvis aestimata.*

85 En este sentido el propio Ulpiano distingue, en dicho fragmento, entre el supuesto de robo o de hurto del ganado, entendiendo que respecto del primer caso, esto es, robo, el socio queda exento de responsabilidad si no medio culpa o dolo por su parte, existiendo, por el contrario, siempre responsabilidad del socio en el supuesto de hurto, en este caso como manifestación de la falta de custodia de los animales.

86 *Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerant, in quibus etiam adgressura latronum est, nullo bonae fidei indicio praestantur: et ideo creditor pignora, quae huiusmodi causa interierunt, praestare non compellitur nec a petitione debiti submovetur nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem. * alex. a. trophimae. (fusco et dextro cons.)*

87 Y la misma idea se repite en C. 5,38,4 (*Phil. A et Phil. C. Floro*) en el que tratando la responsabilidad de los tutores y de los curadores se afirma que no se les debe imputar a éstos los casos fortuitos contra los que no fue posible precaverse –...*fortuitus casus, adversus quos caveri non potuit*–.

Finalizamos con el último de los caracteres que aparecen en el art. 7.1.7 de los Principios UNIDROIT, es la imposibilidad de evitar o de superar las consecuencias del hecho en que consiste el impedimento, en definitiva, su carácter inevitable. Prescindiendo en este momento de las apreciaciones ya mencionadas en páginas anteriores, y centrándonos en dicho carácter, me parece que es oportuno resaltar que, aun siendo también fundamental, se trata del elemento del que hemos encontrado menos noticias en las fuentes jurídicas romanas. En este sentido, la razón puede encontrarse, como indica VOICI⁸⁸, en que el carácter inevitable del hecho está directamente ligado, en el mundo jurídico, al término *casus fortuitus*, término, eso sí, como continua dicho autor, análogo a *vis*. Sin embargo, para VOICI, el uso o utilización del término *vis* acentúa el carácter irresistible del hecho, por lo que *casus* debe entenderse como género, mientras que *vis*, como la especie, de donde concluye el autor que toda *vis* es *casus*, pero no todo *casus* es *vis*.

Todo lo dicho hasta el momento se pone de manifiesto en dos fragmentos del Digesto. Uno de Gayo, al que antes nos hemos referido, D. 44.7.1.4 (*II Aer.*)⁸⁹, en el que al tratar la responsabilidad del comodatario afirma que éste queda exento de la misma si por fuerza mayor —*maiore casu*— a la que no pueda resistir la debilidad humana —*cui humana infirmitas resistere non potest*— hubiese perdido la cosa que recibió —*rem quam accepit, amiserit*—, poniendo, por tanto, el jurista el acento en el carácter irresistible del hecho. Y un segundo texto, D. 19,2,15,2 (*XXXII ad ed.*)⁹⁰, esta vez de Ulpiano, en el que el *iurisprudente*, sin utilizar los términos *vis maior* o *casus fortuitus*, para un supuesto de temporal calamitoso —*tempestatis calamitosae*—, pone de manifiesto, tanto el carácter irresistible, como el carácter imprevisible del impedimento que conduce al incumplimiento de la

88 “*Diligentia*”, “*Custodia*”, “*Culpa*”. I dati fondamentali, cit., pp. 126-127.

89 Vid. al respecto nota 75.

90 *Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita corruperit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.*

obligación y que exonera al deudor. Para ello recoge la opinión de Servio afirmando, por un lado, que existe responsabilidad del arrendador respecto del colono –*an locator conductori aliquid praestare debeat*– siempre que se trate de toda fuerza que no pueda resistirse –*vis qui resistere non potest*–, especificando más adelante, que si se trata de vicios que nacen de la misma cosa –*vitia ex ipsa re oriantur*– estos son en daño del colono –*haec damno coloni esse*–. Y por otro, señalando que si el tizón hubiese corrompido el fruto de los olivos –*et si uredo fructum oleae corruperit*– o esto hubiese sucedido por el calor del sol no acostumbrado –*aut solis fervore non adsuetus id acciderit*– el daño habrá de ser del dueño –*damnum domini futurum*–. Subrayando, más adelante, que si no hubiese acontecido nada contra la costumbre –*si vero nihil extra consuetudinem acciderit*– el daño debe ser para el colono.

Dicho fragmento de Ulpiano sirve de cierre a nuestro estudio puesto que, en mi opinión, recoge todos y cada uno de los elementos que deben caracterizar el impedimento según el art. 7.1.1 de los Principios UNIDROIT, ya que además de lo ya señalado, esto es, el carácter irresistible, el que se trate de un hecho del que no se tiene costumbre, a mi juicio debe interpretarse, tanto en el sentido de que tiene que ser un hecho imprevisible, como, recogiendo el tenor literal del párrafo primero de dicho artículo, referido al carácter “externo del hecho” ya que, según EXNER⁹¹, esto debe entenderse también como acontecimiento que no procede de la propia actividad comercial y que exonera al deudor del cumplimiento de su obligación.

91 *De la Fuerza Mayor en el Derecho Mercantil romano y en el actual*, cit., pp. 133-148.

