

La fuerza mayor y sus interrogantes conceptuales. Un análisis desde la perspectiva del derecho francés de la responsabilidad civil

RENZO MUNITA MARAMBIO¹

Abogado (UCSC),

Magíster y Doctorando en Derecho Privado,

Universidad Pierre Mendès France, Grenoble 2, Francia.

Profesor Becario de Derecho Civil,

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO.

Becario Programa Becas-Chile, CONICYT

RESUMEN: El motor del presente estudio tiene por objeto responder a una serie de interrogantes respecto de la noción de la fuerza mayor, desde la perspectiva del derecho francés de la Responsabilidad Civil. Desde un plano general, la fuerza mayor corresponde a una institución dinámica, y como no, si los mismos codificadores impulsaron dicho espíritu mediante la referencia abierta a la figura exoneratoria en el Código Civil, esto es, sin precisar concepto, elementos o fundamentos. Lo anterior ha obligado a la doctrina a estudiar la noción en examen arribando a conclusiones no siempre seguidas por la jurisprudencia.

Ideas preliminares

1.- El Código Civil francés no es un texto de definiciones. De aquí que la fuerza mayor no se identifique con un concepto establecido en el texto legal. Lo expuesto ha exigido que sean la doctrina y la jurisprudencia quienes asuman la interesante tarea de establecer las bases fundamentales de la noción, su estructura y su manera de actuar. En efecto, **la falta de precisión del legislador** parece a primera vista contradictoria en atención a la trascendencia de la retención de los caracteres de la fuerza mayor². Sin embargo, comprobamos que fue esta falta de precisión justamente la intención de los codificadores³,

¹ Las citas de textos en francés son traducciones libres del autor.

Las disposiciones legales citadas corresponden al Código Civil francés.

² Así lo desprendemos de lo enseñado por el profesor J-Y Cholet, quien manifiesta: "la fuerza mayor es un concepto de nuestro derecho en que su importancia aparece como inversamente proporcional a su precisión", en nota al fallo del TI St Denis, 25.08.1983, D. 1985, p. 26.

³ En este sentido Portalis expone: "El oficio de las leyes es fijar, desde una visión amplia, las máximas generales del Derecho; de establecer principios fecundos en consecuencias, y no de descender en el detalle

constituyendo **una técnica que persigue el libre desarrollo de la noción.**

2.- En conformidad a lo indicado, el objeto de nuestro trabajo consiste en analizar una institución reconocida por el legislador, cierto, pero construida por los estudios de la doctrina, además de un importante número de sentencias judiciales, tanto de la Corte de Casación como de las Cortes de Apelaciones. En concreto, nos concentraremos en la labor de proponer respuestas frente a las dificultades de interpretación surgidas a consecuencia de la aplicación de la institución en referencia, desde el punto de vista de su posición jurídica, **en una primera parte**; abocándonos, **en una segunda parte**, al análisis de sus presupuestos estructurales⁴.

I. La fuerza mayor, una noción jurídica incierta

3.- El estudio de la fuerza mayor implica distinguirla de ciertas nociones con las cuales es habitualmente identificada. **Así, trataremos de justificar que la fuerza mayor no es sinónimo de caso fortuito (A) y que la fuerza mayor no es sinónimo de causa extraña (B).** Muy por el contrario, cada uno de los conceptos, que si bien están íntimamente involucrados, abarcan ámbitos de aplicación diferentes y que exigen el reconocimiento de una autonomía propia.

A.- Fuerza mayor y caso fortuito

4.- Corresponde a una discusión clásica de principios del siglo XX la relativa a la determinación de las diferencias entre el caso fortuito y la fuerza mayor. De esto, reconocemos la existencia de una doctrina autorizada que plantea una distinción entre ambos conceptos (a), opuesta a una corriente no menos importante que rechaza la diferencia entre las indicadas nociones (b), está última, impactada por una actual reactivación de la distinción (c).

a) Fuerza mayor y caso fortuito, dos nociones diferentes

5.- La distinción entre la fuerza mayor y el caso fortuito es originaria del Derecho Romano. En Roma, ambos conceptos cubrían dominios diferentes. El caso fortuito abarcaba el denominado *casus*, mientras que la fuerza mayor

de las cuestiones que pueden nacer en cada materia. Es labor del magistrado y de los jurisconsultos, impregnados del espíritu general de las leyes, dirigir la aplicación", en Discurso preliminar pronunciado por Portalis ante el CE durante la presentación del Código Civil, en *Nacimiento del Código Civil*, presentación de F. Ewald, Flammarion, 2004.

⁴ Hacemos presente que, por razones de extensión, en este trabajo no nos pronunciaremos sobre otro aspecto fundamental del tema en estudio: el fundamento de la exoneración del deudor o del agente. Esperamos que el punto mencionado podamos atacarlo en un próximo trabajo.

comprendía lo referente a la *vis mayor*. El *casus* correspondía a un fenómeno imprevisible, no necesariamente irresistible; mientras que la *vis mayor*, a un fenómeno irresistible aun cuando éste había podido ser previsto por el deudor. Ambas hipótesis abarcaban la exoneración del deudor de una obligación de dar o entregar un cuerpo cierto. Luego, la *vis mayor*, exoneraba siempre al deudor de una obligación de cuerpo cierto, no de una obligación de género, pues el género no perece (*genera non pereunt*). Y, por otro lado, si el *casus* generaba la destrucción del cuerpo cierto, también liberaba al deudor⁵.

6.- De la técnica legislativa romana, es lógico desprender que el caso fortuito se identificaba con la imprevisibilidad del fenómeno y la fuerza mayor con la irresistibilidad del mismo⁶. Ambos elementos podían coexistir, pero no necesariamente. Es por lo anterior que la exoneración del deudor era posible aun con la sola imprevisibilidad del fenómeno (*casus*). Lo indicado, de aplicarse, permitía al deudor disponer de un campo mucho más amplio de posibilidades de exoneración frente al incumplimiento de la obligación. Siguiendo el presentado razonamiento, importantes autores elaboraron sus argumentos, sosteniendo la distinción entre la fuerza mayor y el caso fortuito⁷.

⁵ En este sentido: J. Moury, *Force majeure: éloge de la sobriété*, RTD civ. 01.07.2004, p. 471.

⁶ Ver, G. Lepointe et R. Monier, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Libr. Recueil Sirey, Paris, 1954, p. 359 et s.

⁷ Así J. Raduant expone en su tesis: "*Sin embargo, la potencia de las palabra ejerce su influencia siendo imposible que la palabra fortuito, en el caso fortuito, no atraiga la atención sobre la idea de imprevisto, como la palabra mayor, en la fuerza mayor, sobre la idea de irresistible. De aquí, la tendencia natural a hacer dominar estas dos ideas en la definición de los términos respectivos. El descubrimiento no es moderno y la tradición transmitía esta distinción: ¿Ulpiano no definía la fuerza mayor como: omnen vim cui resisti non potest, y el caso fortuito como: casus quos nullum humanum consilium praevidere potest?*", en *Du cas fortuit et de la force majeure*, Paris, 1920, Librairie Arthur Rousseau, Rousseau et Cie. Ed., pp. 173-174. En la misma línea doctrinal A. Colin, H. Capitant et J. de la Morandière distinguen entre la imposibilidad relativa de ejecución (caso fortuito) y la imposibilidad absoluta de ejecución (fuerza mayor), respectivamente, en virtud de los siguientes conceptos: "*La imposibilidad relativa de ejecución, es decir, aquella que ha podido impedir el cumplimiento de la obligación del deudor respectivo (...), pero en la que una voluntad mejor armada, mejor instrumentalizada, habría podido triunfar*" y "*la imposibilidad absoluta proveniente de un obstáculo irresistible, para todos, incluso para el hombre más fuerte y el más inteligente*", en *Cours élémentaire de droit civil français*, 10e ed. por L. Julliot de La Morandière, Paris, 1948-1951, Dalloz, T.II. n° 126. Por su parte Ch. Beudant –siempre en la distinción entre ambos conceptos, pero en otro orden de ideas– entiende por caso fortuito: "*un evento natural que ocasiona un daño, por ejemplo: una inundación, un terremoto*", y por fuerza mayor: "*un evento que no dejando de ser natural, proviene de la voluntad de una persona distinta que aquella respecto de la cual la víctima de un daño entiende hacer recaer la responsabilidad del perjuicio, por ejemplo: orden o defensa de la ley o de una autoridad legalmente establecida y establecida de forma regular*", en *Cours de droit civil français*, 1ª ed., *Les contrats et les obligations*, appendice, 1ra ed. Paris, 1905, par R. Beudant Paris, Rousseau, n° 1174. Distinguen también el caso fortuito de la fuerza mayor los padres de la teoría del riesgo, los celebres autores L. Jossierand y A. Exner, pero desde una perspectiva diferente: la limitación de las posibilidades del deudor. Así, L. Jossierand considera que lo esencial entre las dos nociones es la exterioridad del evento constitutivo de fuerza mayor, mientras que el caso fortuito es caracterizado por la ausencia de exterioridad. Refiriéndose a la fuerza mayor expone: "*la exterioridad, parece primero fácil a precisar: el evento exterior es aquel que es extraño al deudor, que proviene del exterior, que hace interrupción en el círculo de la empresa fuera del cual él se formó y que impide al deudor ejercer su acción normal, la de cumplir su obligación. Es la tormenta la que hace derrumbarse una casa, volcarse un automóvil*". Mientras que el caso fortuito se

7.- En contra de esta doble visión, existen quienes rechazan diferenciar el caso fortuito de la fuerza mayor.

b) Rechazo material de la distinción

8.- Una importante parte de la doctrina clásica francesa sostiene que **no hay razón en fundamentar una distinción que el legislador no ha establecido**, y además que dicho ejercicio **carece de interés jurídico**⁸.

opone a la fuerza mayor en cuanto a la condición de exterioridad *“todos los obstáculos de procedencia externa, que se oponen a los eventos fortuitos, a los casos fortuitos, los cuales se producen en el interior de la empresa y nacen de su funcionamiento mismo: la explosión de una caldera, ruptura de un mecanismo, etc.”*, en L. Josserand, *Traité général théorique et pratique de Droit Commercial. Les Transports*, Paris. 1910 Arthur Rousseau, ed., n° 573. A. Exner, por su parte, inspirador de la tesis de L. Josserand, reconocía al evento constitutivo de fuerza mayor, en su característica de exterioridad. En ausencia de la exterioridad del evento, estaríamos –según él– en presencia de un caso fortuito, el cual no presentaría la aptitud suficiente para exonerar al deudor. Lo anterior, pues es un fenómeno generado en el ámbito interno de su responsabilidad. Expuso el autor: *“El mayor número de accidentes que acaecen en el curso de un transporte tienen por causa un hecho que se produce al interior de la empresa. Esta circunstancia basta para retirar el carácter de fuerza mayor”*. Y más adelante agregaba: *“Todo lo que el demandado podría agregar para su justificación sería sin efecto. No hay fuerza mayor, porque los accidentes acaecidos en el interior de la empresa no son jamás de una absoluta claridad”*, en *La notion de la force majeure, Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*, Paris 1892, Librairie du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, Larose & Forcel, ed, pp. 96-96.

⁸ Así, M. Planiol enseña: *“Parece haber aquí una simple cuestión de palabras. El caso fortuito que impide la ejecución de la obligación no libera al deudor a menos que se trate de un evento extraño a su actividad y que sea insuperable e imprevisible”*, luego agrega refiriéndose a Exner y a Josserand: *“Es porque ellos tienen una noción demasiado estrecha de la culpa contractual que proponen hacer al deudor responsable del caso fortuito”*, en *Traité élémentaire de droit civil*, Paris 1943, Librairie générale de droit et de jurisprudence, T. II, n° 727. En idénticos términos G. Ripert y J. Boulanger, en *Traite de Droit civil*, Paris 1957, Librairie générale de droit et de jurisprudence, T. II, n° 809. Por su parte H. Lalou y P. Azzard consideran que la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor sólo podría revestir importancia en materia contractual, ya que en materia extracontractual dicha distinción carece de sentido práctico. Así entonces en materia contractual los autores referidos analizan los artículos 1953 y 1954 del Código Civil y consideran que la primera norma citada parece referirse al caso fortuito, mientras que la segunda a la fuerza mayor. Los autores enseñan el mismo razonamiento para los artículos 1772 y 1773 del Código Civil. Luego, en materia extracontractual, manifiestan que hacer distinciones resulta inútil: *“Pero en materia extracontractual estas distinciones no tienen ningún interés práctico. Que un evento dañoso sea denominado fuerza mayor o caso fortuito, compromete la responsabilidad del agente a menos que sea absolutamente imposible prevenirlo o evitar sus efectos”*, *Traité pratique de la responsabilité civile*, Paris 1962, Dalloz, n° 271. Los autores H. y L. Mazeaud y J. Mazeaud, fundamentan su oposición a la distinción, en lo expuesto por los primeros comentaristas del Código Civil, así citan a J. Bonnetcase y a A. Tunc, en *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle*, Paris 1970, 6ta ed., Montchrétien, T. II, N° 1559. El primero de los autores manifiesta: *“durante mucho tiempo nadie vió una diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor”*, en J. Bonnetcase par H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud loc. cit., y el segundo sostiene –respecto de la distinción comentada– que ambos conceptos presentan un carácter de *“dos hermanos siameses de la no responsabilidad”* en A. Tunc par H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud, loc. cit. A consecuencia de lo anterior H. y L. Mazeaud y J. Mazeaud exponen de manera categórica su total oposición a la distinción de conceptos y manifiestan: *“Sin duda aquellos que se concentran en una observación de terminología jurídica, sin considerar ningún interés práctico, no realizan ninguna crítica seria”*. A su turno, los autores rechazan una vinculación del caso fortuito a la imprevisibilidad del evento y de la fuerza mayor a la irrisistibilidad del fenómeno, sosteniendo: *“este sistema es peligroso, pues puede conducir a declarar que todo evento que presenta uno de los caracteres requeridos constituye una causa de exoneración, lo cual sería desconocer directamente la intención de los redactores”*. Finalmente terminan por rechazar que la imprevisibilidad no es suficiente para exonerar al deudor: *“El individuo debe responder de todos los riesgos que ha creado, solo los eventos de fuerza mayor pueden exonerarlo, permanece obligado”*.

En esta misma línea, profesores exponentes de la doctrina moderna –aunque con ciertas excepciones que ya analizaremos– parecen no participar del examen de las eventuales diferencias entre el caso fortuito y la fuerza mayor⁹. Su principal fundamento es que la jurisprudencia ni antes ni ahora ha reconocido una distinción entre ambas nociones y que, por tanto, no vale la pena intentar justificar una distinción sin trascendencia jurídica¹⁰.

9.- Desde un punto de vista material, constatamos, que **el Código Civil no verificó distinciones expresas relativas al caso fortuito y a la fuerza mayor**. Por lo cual, es difícil determinar diferencias de régimen entre las dos nociones. Existen en el Código disposiciones que emplean solamente la expresión caso fortuito (por ej. el art. 855 inc. 1^o¹¹); otras sólo el término fuerza mayor (por ej. el art. 1730¹²); otras emplean ambos términos conjuntamente (así, el art. 1733¹³). En síntesis, **pareciera que el legislador no asignó una trascendencia considerable a la distinción entre ambos términos**. Tampoco la jurisprudencia ha reconocido diferencias substanciales entre los conceptos, ni en la Corte de Casación ni en Cortes de Apelaciones. Estas últimas, que en sus fallos constituyen una de las manifestaciones más claras del Derecho vivo, **reconocen una jurisprudencia constante relativa a la similitud de términos**, sin atribuir caracteres especiales al caso fortuito y

si solamente existe un caso fortuito (en el sentido de ser un fenómeno imprevisible, pero no irresistible)", en H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud, *ibíd.*

⁹ En Chile, la doctrina entiende que ambos conceptos son sinónimos. Revisar la doctrina citada (p. de p. n° 1) por el profesor C. Pizarro Wilson en *La fuerza mayor como defensa del deudor. A propósito de la restricción de suministro de gas a Chile*, Gaceta Jurídica 208, 2004. Por su parte, constituye lectura obligada el trabajo de la profesora María Graciela Brantt titulado *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual: concepto y función del caso fortuito en el Código Civil chileno*, Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2010.

¹⁰ En este sentido el decano J. Carbonnier expresa: "Podemos entender la noción de fuerza mayor o de caso fortuito (los dos conceptos son prácticamente sinónimos) sea en una definición general, sea a través de la diversidad de aplicaciones que recubre", en *Droit civil. Les obligations*, Paris 2000, 22e ed., Presses universitaires de France, n° 162. Los profesores F. Terre, I. Lequette, Ph. Simler indican al respecto: "corrientemente, los autores del Código han empleado indiferentemente las dos expresiones, y de forma general, la jurisprudencia no admite una distinción del caso fortuito y de la fuerza mayor", en G. Légier, *Les obligations*, Paris 2008, 19e edición, Mémentos Dalloz - Série droit privé, pp 89. El profesor Ch. Larroumet, en el mismo sentido, manifiesta: "En una cierta época, la doctrina pretendió hacer una distinción entre las dos nociones que no suponía los mismos elementos. A justo título ella no ha sido seguida por la jurisprudencia, para la cual no se trata aquí que de dos términos correspondientes a una noción única", en Ch. Larroumet, *Les obligations - Le Contrat*, T. III, Paris 2007, 6e ed., *Economica*, n° 722. Los autores G. Marty, P. Raynaud y Ph. Jestaz por su parte, también abogan por la identidad de conceptos: "En todo caso es difícil sumar a estas diferencias de terminología, verdaderas diferencias de régimen. Comprendemos entonces que el acuerdo sea observado por la doctrina reciente para renunciar a establecer una distinción general entre caso fortuito y fuerza mayor, las cuales tienen el mismo efecto exoneratorio", en *Les Obligations*, Paris 1988-1989, 2e édition, Sirey, n° 552.

¹¹ "Le bien qui a péri par cas fortuit et sans la faute du donataire n'est pas sujet à rapport".

¹² "S'il a été fait un état des lieux entre le bailleur et le preneur, celui-ci doit rendre la chose telle qu'il la reçue, suivant cet état, excepté ce qui a péri ou a été dégradé par vétusté ou force majeure".

¹³ "Il répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve : Que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction. Ou que le feu a été communiqué par une maison voisine".

equiparándolo a la fuerza mayor¹⁴. Sin perjuicio de lo anterior, reconocemos la independencia –a lo menos terminológica del caso fortuito– en la aplicación jurisprudencial de las disposiciones del Código Civil que emplean el concepto de caso fortuito sin hacer referencia a la fuerza mayor¹⁵. **Estimamos, que lo anterior es sólo consecuencia de la coherencia que debe existir entre el juez y la norma empleada como fundamento de su decisión, sin que pueda permitir la justificación de la distinción de las figuras referidas.**

10.- Según lo establecido –y reiteramos– *desde un punto de vista material*, parece no ser posible colegir diferencias entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Pero, estimamos, que esto **no nos debe conducir a desconocer toda distinción entre ambas instituciones.**

c) Reactivación de la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor

11.- *Desde una perspectiva intelectual*, es posible considerar una notable diferencia entre los conceptos señalados. Ya no desde el análisis de la exterioridad o de la interioridad del evento calificable como fuerza mayor o caso fortuito, respectivamente, según la lógica de L. Jossierand y A. Exner (ver supra, página 3, cita n° 6), sino desde su vínculo con la causa extraña.

12.- La fuerza mayor **no debe entenderse como un sinónimo del caso fortuito**, sino más bien como el fundamento de la total exoneración del deudor. Así la **fuerza mayor** –justificada por sus caracteres de irresistibilidad y de imprevisibilidad– permite liberar totalmente al deudor o al agente, pues dichos caracteres son los que categorizan a una *causa extraña como totalmente liberatoria*. Por otro lado, debemos entender por causa extraña: *todo impedimento total o parcial del nexo causal entre el incumplimiento contractual o entre la acción u omisión delictual y el daño*. Y como **una de las especies de la causa extraña al caso fortuito**, el cual se refiere *a todo evento anónimo o de la naturaleza que puede alterar el referido nexo causal*. Luego, un **caso fortuito** que altera un nexo causal **puede ser elevado a la calidad de causa extraña totalmente exoneratoria si presenta los caracteres de la fuerza mayor**. Esto permite reconocer el doble carácter del caso fortuito, sea una especie de causa

¹⁴ En la especie, el tribunal retiene la fuerza mayor caracterizándola como sinónimo de caso fortuito en diversas materias. CA Bastia, 16.06.2010, Juris-Data n°: 2010-017767 (enfermedad); CA Aix-en-Provence, 21.01.2010, Juris-Data n°: 2010-001331 (incendio); CA NIMES, 10.10.2006, Juris-Data n° 2006-315628 (gérmen en árboles frutales).

¹⁵ Así por ejemplo, en aplicación del artículo 1722 del Código Civil, el tribunal retiene el carácter de caso fortuito del incendio sin referirse a la fuerza mayor: CA Grenoble, 08.10.2008, Juris-Data n° 2008-371839; CA Paris, 20.03.2008, Juris-Data n° 2008-362272; CA NIMES, 22.01.2008, Juris-Data n° 2008-357128; CA AIX EN PROVENCE, 05.11.2007, Juris-Data n° 2007-361374.

extraña, sea una variedad de la fuerza mayor si el evento natural o anónimo comprende los caracteres de irresistibilidad e imprevisibilidad. Entendiendo, finalmente, a la fuerza mayor como una especie de la causa extraña desde la perspectiva de la extensión de la exoneración¹⁶.

13.- Del examen de los extractos citados desprendemos que la fuerza mayor no es sinónimo de caso fortuito, pues el caso fortuito es una especie de la causa extraña, y puede constituir una variedad de la fuerza mayor si comprende sus caracteres¹⁷. Además, la fuerza mayor es también una especie de causa extraña analizada desde la perspectiva de la exoneración total del deudor o del agente. Por otra parte, no podemos desconocer que aun cuando la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor de L. Josserand y A. Exner no tuvo el suficiente peso como para ganar un reconocimiento jurisprudencial, es y será útil desde el punto de vista de no atribuir un efecto exoneratorio a un evento que no es ajeno al ámbito de atribuciones del deudor o del agente. Así, la exterioridad será siempre requerida no ya desde el punto de vista de una exigencia propia de la fuerza mayor, **sino que desde la órbita de la causa extraña.**

14.- En consideración de lo anterior, la tesis de los profesores G. Viney, P. Jourdain y Ch. Larroumet, presenta un interés importante, pues permite entender de manera clara cómo opera intelectualmente el fenómeno denominado fuerza mayor y su evidente diferencia del caso fortuito. Fuerza es de constatar, que no existe aún alguna sentencia judicial que reconozca expresamente esta aproximación intelectual. Sin embargo, consideramos que esto no quita impacto a la tesis expuesta. Lo dicho, ya que cuando el juez determina que un evento de la naturaleza o anónimo puede ser considerado como una causa extraña totalmente exoneratoria (pues presenta los caracteres de la fuerza mayor), está reconociendo implícitamente al caso fortuito. De manera tal, que no es determinante que el juez se refiera expresamente al caso fortuito –en cuanto a término– en cada sentencia, sin que por esto desconozca su existencia.

¹⁶ Sostenedores de esta posición son los profesores G. Viney y P. Jourdain y el profesor Ch. Larroumet. G. Viney y P. Jourdain en fundamento de su tesis exponen: "*Sentencias extremadamente numerosas afirman que, para justificar la exoneración total, el "caso fortuito" (entendido acá como fenómeno natural o evento anónimo) debe haber sido imprevisible e irresistible o insuperable para el demandado, y esta jurisprudencia es común a la responsabilidad contractual como a la delictual*", en *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, Paris 2006, 3e édition, LGDG, n° 395. Por otro lado, el profesor Ch. Larroumet enseña: "*la causa extraña es triple desde el punto de vista de la naturaleza del evento exterior considerado: ella puede proceder del hecho de la víctima, del hecho de un tercero, o de un caso fortuito. El caso fortuito es entonces una variedad de causa extraña teniendo en cuenta la naturaleza del evento en causa*" –luego agrega– "*la causa extraña es doble en cuanto a la extensión del efecto exoneratorio: ella puede comprender una exoneración total si ella es constitutiva de fuerza mayor, o de una exoneración parcial, si el evento exterior no presenta los caracteres de la fuerza mayor*" –y termina diciendo– "*la fuerza mayor es entonces una variedad de causa extraña considerada bajo el sólo ángulo de la extensión de la exoneración. En fin, el caso fortuito es una variedad de fuerza mayor si el evento natural o anónimo, imprevisible e irresistible exonera totalmente al responsable*", en *Les obligations - la responsabilité civile extracontractuelle*, T. V, Paris 2007, 1e édition, Économica, n° 400.

¹⁷ También denominado fuerza mayor "*stricto sensu*". P. Jourdain, J.- Cl. Resp. Civ. et ass. fasc. 160 n° 107.

15.- Por otro lado, este planteamiento puede ser justificado a la luz del Anteproyecto de Reforma de Derecho de Obligaciones. El referido anteproyecto en su artículo 1349 dispone:

“La responsabilidad no es comprometida cuando el daño es debido a una causa extraña que presenta los caracteres de la fuerza mayor.

La causa extraña puede provenir de un caso fortuito, del hecho de la víctima o del hecho de un tercero respecto del cual el demandado no tiene que responder.

La fuerza mayor consiste en un evento irresistible que el agente no podía prever o respecto del cual no podía evitar los efectos por medidas apropiadas”.

16.- Leemos como el propuesto cuerpo normativo reconoce expresamente al caso fortuito como una especie de causa extraña, el cual no es sinónimo de la fuerza mayor. Lo anterior, pues la misma disposición asigna un concepto diferente a la institución (acorde con los movimientos jurisprudenciales de la época de redacción del proyecto). Consideramos la autoridad incontestable del anteproyecto señalado, tanto por el prestigio de los profesores que han participado en su redacción y porque comprende –en palabras del profesor D. Mazeaud– *“toda la tradición jurídica francesa”*¹⁸. La referida autoridad nos puede conducir a una correcta interpretación del Derecho actual, en donde la fuerza mayor ocupa un espacio importante. De aquí que no parezca adecuado utilizar ambos términos indistintamente. Creemos que la doctrina debería considerar la noción de causa extraña al momento de referirse a la fuerza mayor. Lo previo, conducirá necesariamente al caso fortuito como fenómeno autónomo e independiente de ésta.

17.- Una vez aclarado el límite entre la fuerza mayor y el caso fortuito, es necesario establecer otra de sus fronteras naturales, esta es la demarcación entre la fuerza mayor y la causa extraña.

B.- Fuerza mayor y causa extraña

18.- Más nítida, consideramos, es la distinción entre la fuerza mayor y la causa extraña, **esta última identificada indisolublemente con la exterioridad del evento (B), se encuentra unida a la fuerza mayor en virtud de una relación de género a especie (A).**

A) Relación de género a especie entre las dos nociones

19.- Una opinión autorizada define la causa extraña en los siguientes términos: *“la causa extraña es un evento en el cual la persona, a la que la responsabilidad*

¹⁸ Conferencia Université Pierre Mèndes France – Grenoble II. *Les mutations du Droit des Obligations*. Grenoble, 04.05.2011.

*de un daño es atribuida, busca ampararse, para demostrar que el hecho que le es imputado no es la única causa ni tampoco la causa principal del perjuicio invocado. El objetivo perseguido es entonces, lógicamente, obtener una exoneración o, al menos, una atenuación de la responsabilidad*¹⁹.

20.- El término causa extraña lo detectamos en el Código Civil en el artículo 1147²⁰. Dicho concepto, según su ubicación, parece ser exclusivamente aplicable en materia de responsabilidad contractual. Por otro lado, reconocemos que en materia de responsabilidad delictual el codificador no consagró una norma similar relativa a la exoneración del agente. Pues bien, a partir de la sentencia *Teffaine*²¹ y posteriormente a través la sentencia *Jand`heur*²² (decisiones judiciales que consagraron la responsabilidad general por el hecho de las cosas²³ en virtud del art. 1384 inc. 1²⁴ del Código Civil, y que en términos de las mismas sentencias sólo reconocen como mecanismo liberatorio el caso fortuito, la fuerza mayor o una causa extraña no imputable) ha sido la jurisprudencia la encargada de extender su campo de aplicación también en ese dominio. Las indicadas sentencias contemplan la similitud entre caso fortuito y fuerza mayor (que a nuestro juicio es errada) y además la causa extraña como vías de exoneración. Se entiende que la referencia a la causa extraña es sólo para efectos de distinguir el caso fortuito de la culpa de la víctima o del hecho de un tercero, especies de causa extraña²⁵.

¹⁹ G. Viney et P. Jourdain op. cit. n° 383.

²⁰ "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".

²¹ Cas. civ., 16.06.1896: DP 1897, I, p. 433, nota R. Saleilles; S. 1897, I, p. 17, nota A. Esmein. La Corte retiene la responsabilidad del empresario, en razón a la explosión de una máquina a vapor que había causado la muerte de un mecánico, producto de un vicio de construcción que no tenía manera de conocer.

²² Cámaras reunidas, 13.02.1930, *Grands arrêts*, n° 199; D. 1930.I.57, nota G. Ripert. Se retuvo la responsabilidad objetiva del conductor de un automóvil por el atropello causado a un peatón.

²³ Para que opere la responsabilidad general por el hecho de las cosas, tres condiciones son necesarias: primero, la existencia de una cosa susceptible de apropiación; segundo, que temporalmente se encuentre al origen del daño; y tercero, que comprometa la responsabilidad de quien la tiene bajo su guarda, es decir, quien efectivamente presenta un poder de uso, control y dirección de la cosa, sea, en carácter de propietario, sea en carácter de guardián provisorio. La exoneración depende de la prueba de una causa extraña o que la cosa no ha cumplido más que un rol pasivo en la producción del daño, tanto respecto de su ubicación normal, cuanto a su comportamiento. Su ausencia de culpa no es prueba suficiente.

²⁴ "On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde". A modo de ilustración. Una persona que salía de su vehículo estacionado en el parking de un centro comercial, se golpeó contra un muro de concreto que se encontraba en el camino hacia la entrada del establecimiento. A consecuencia del impacto, la víctima cayó y se lesionó. Recurrió en responsabilidad contra el centro comercial, bajo el fundamento de la responsabilidad por el hecho de las cosas del artículo 1384 inciso 1°. Los jueces de fondo rechazaron su pretensión, pues la víctima no demostró que el muro había cumplido un rol activo en la producción de daño. La Corte de Casación, a su turno, confirmó el criterio, estableciendo: "el muro de concreto, cosa inerte, no estaba ubicado en una posición anormal Cámaras reunidas, 13.02.1930, *Grands arrêts*, n° 199; D. 1930.I.57, nota G. Ripert. y no había jugado ningún rol activo en la caída de la víctima". Cas. 2da civ., 29.03.2012, n°10/27553.

²⁵ En este sentido J. Flour, J.L. Aubert y É. Savaux consideran: "De hecho, por una parte el caso fortuito y la fuerza mayor son generalmente considerados como sinónimos. Por otra parte, la causa extraña no

21.- Sin perjuicio de lo anterior, la evolución jurisprudencial condujo a restringir el impacto exoneratorio de las indicadas especies de causa extraña, condicionando su efecto liberatorio total a la verificación de los caracteres de la fuerza mayor incorporados a la culpa de la víctima²⁶ o al hecho del tercero²⁷. Dicha limitación también ha sido acusada por la doctrina, para cada una de las dos causas extrañas. A falta de caracteres de fuerza mayor el efecto exoneratorio de los mencionados eventos será necesariamente parcial. Es por esto que hoy no parece necesario distinguir los fenómenos, pudiendo ser todos cubiertos bajo la noción genérica de causa extraña. Sobre este punto, los autores antes citados indican: *“La causa extraña en lugar de constituir un modo de exoneración particular, puede configurar el término genérico, capaz de englobar la fuerza mayor propiamente tal (caso fortuito, para nosotros), la culpa de la víctima o la culpa de un tercero”*²⁸.

22.- Es de toda lógica considerar que la causa extraña tanto en materia delictual como en materia contractual está integrada **–en atención a la naturaleza del evento–** por tres especies, a saber: el caso fortuito, la culpa de la víctima y el hecho del tercero. Y que, siguiendo la tesis del profesor Ch. Larroumet, ya expuesta más arriba: *“la fuerza mayor es una variedad de causa extraña considerada bajo el ángulo de la extensión de la exoneración”*. Entonces, si la extensión de la exoneración es total (pues el fenómeno exterior está revestido de los caracteres de imprevisibilidad e irresistibilidad) será posible reconocer como una variedad y no como un sinónimo de la causa extraña a la fuerza mayor. **Existiendo entre ambas nociones una relación de género a especie.**

23.- Ahora bien, el criterio anteriormente indicado no ha estado exento de **oscuridades jurídicas** que han identificado la fuerza mayor con la causa extraña como dos **elementos idénticos**. En efecto, la jurisprudencia ha asimilado a la fuerza mayor con la culpa de la víctima o con el hecho del tercero²⁹, lo cual, en consideración a lo que ha sido expuesto es un error. Sobre este aspecto puntualizan los profesores F. Chabas y F. Gréau que las decisiones judiciales referidas son *relativamente raras*³⁰, en atención a la evolución jurisprudencial iniciada tras las sentencias *Teffaine* y *Jand’heur*, citadas más arriba. Actualmente, la indicada relación de género a especie ha sido reconocida. Esta afirmación es posible de justificar en virtud de la sentencia de rectificación de la Asamblea

era mencionada distintamente a menos que para dejar un lugar a la culpa de la víctima y a la culpa de un tercero, culpas que a la época eran consideradas como exoneratorias” en Les obligations. T. 2, Le fait juridique”, Paris 2009, 13va ed., Sirey: Dalloz, n° 269.

²⁶ Civ. 13.04.1934, S., 1934, 1, p. 313, nota H. Mazeaud; Civ. 2^{da}, 17.06.1987, D., 1987, p. 162; Civ. 1^{er}, 21.10.1997, Bull. civ. I, n° 288.

²⁷ Civ. 2^{da}, 22.02.1989, Resp. civ. et assur., 1989, comm., n° 137; Soc., 07.04.1993, JCP, 1994, éd. E, I, 527, nota P.-A. Antonmattei.

²⁸ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, ibid.

²⁹ CA Paris, 06.05.1961, Gaz. Pal. 1961. 2. 78; CA Lyon, 28 févr. 1996, JCP 1997. IV. 177.

³⁰ F. Chabas y F. Gréau, *Rép. civ. Dalloz*, V° Force Majeure, 2007, n°2.

Plenaria de 17 de enero de 2003³¹ **por la que se substituyó la expresión fuerza mayor a la de causa extraña.** Dicha rectificación fue necesaria a consecuencia de la imprecisión terminológica cometida en dos sentencias relativas a la responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos menores³². En una de ellas, para liberar a los padres de su responsabilidad era necesaria una causa extraña; y para la otra, la fuerza mayor. **La rectificación permite, entonces, reconocer ahora jurisprudencialmente la defendida relación de género a especie entre ambas nociones.** Aun cuando en nuestro análisis jurisprudencial hemos detectado otra sentencia de Corte de Apelaciones que comete la misma imprecisión de lenguaje³³.

24.- Dicha relación de género a especie ha sido también reconocida por parte de la doctrina. Así el profesor Ph. Brun considera: *“la causa extraña es un género, respecto de la cual la culpa de la víctima, el hecho de un tercero, y el evento de fuerza mayor son especies”*³⁴. Es interesante la expresión utilizada por el mencionado profesor, para referirse al caso fortuito que presenta los caracteres de la fuerza mayor: *“el evento de fuerza mayor”*. También los profesores F. Chabas y P. Gréau en esta línea indican: *“la relación parece ser la del género y la especie”*³⁵.

25.- Sin perjuicio de lo anterior, no toda la doctrina es unánime en este criterio, pues hay quienes sostienen que la noción de **causa extraña es vaga e imprecisa**, debiendo ser excluida de la discusión a menos que se le dé un significado particular, el cual a la luz del análisis parece no tener. Indican que la causa extraña no permitiría determinar en ella misma cuál es el rol exoneratorio del evento que la identifica³⁶, luego la noción sería absorbida en su poder exoneratorio por la fuerza mayor. En este sentido, lo enseñado por H. et L. Mazeaud y A. Tunc: *“la noción de causa extraña no imputable del artículo 1147 del Código Civil, no es otra que la fuerza mayor del artículo 1148”*³⁷.

26.- **Expresamos nuestro respetuoso rechazo a las opiniones de tan importantes autores.** No podemos desconocer la existencia de la causa extraña y sus especies –desde la perspectiva de la extensión de la liberación– total o parcialmente exoneratoria. Estimamos que la fuerza mayor sería un concepto vacío si no estuviera sujeta a la estructura de la causa extraña. Esto,

³¹ Cas. As. Plen.17.01.2003, D. 2003.591, nota P. Jourdain.

³² Cas. As. Plen. 13.12.2002, D. 2003, nota P. Jourdain.

³³ No puede exonerarse de esta obligación que demostrando que la deterioración de los bienes depositados es debido a una causa extraña o a una fuerza mayor. CA Rouen, 29.03.2006 - n° 04/02919, 04/3231, 04/3095.

³⁴ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris 2009, 2e édition, Litec, n° 267.

³⁵ F. Chabas et P. Gréau, op. cit. n° 3.

³⁶ D.Denis, J.- Cl. Resp. civ. et assur. Fasc. 150-6, n° 13, por P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Thèse Montpellier, 1992, L.G.D.J. n° 135.

³⁷ H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuel et contractuel*, T. I, 5ta ed., n° 665.

pues no basta que un evento sea irresistible o imprevisible para que sea exoneratorio, requiere también que sea exterior a las atribuciones del demandado. Así, **la causa extraña identificada íntimamente con la exigencia de la exterioridad del fenómeno** puede llegar a exonerar totalmente sólo si el evento presenta los caracteres de la fuerza mayor. Además, esta relación de género a especie es evidente –creemos– **si apreciamos que no toda causa extraña es capaz de exonerar completamente al deudor**, por ello no podemos desconocer la existencia de la institución.

27.- Por otro lado, sostenemos que el Derecho es una ciencia que vive, y que el Código Civil no tiene el monopolio del Derecho Civil. Es por esto que hemos analizado la útil jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones, que da prueba de la indicada relación entre la causa extraña y la fuerza mayor. **En efecto, la CA de Douai, 23.11.2006, Juris-Data n° 2006-331730 (en materia de responsabilidad civil por el hecho de los animales), consideró:** *“En los términos del artículo 1385 del Código Civil, el propietario de un animal es responsable de los daños causados por éste a menos que pruebe que ha estado en la imposibilidad de evitar este daño bajo el efecto de una causa extraña, la cual no puede serle imputada. En la especie, una vaca se escapó de su cerco, a consecuencia de un accidente de circulación que había dañado el cerco en el que se encontraba el animal. El bovino en su trayecto por la ruta colisionó con un vehículo. La conductora lesionada comprometió la responsabilidad del propietario del animal. Los jueces consideraron que el propietario, al cual no se le había comunicado el acaecimiento del primer accidente, no tuvo posibilidades de paliar las consecuencias de la degradación del cerco. Se trata entonces, para él, de un evento imprevisible e irresistible que presenta las características de la fuerza mayor y que lo exonera de toda responsabilidad”*. La sentencia reconoce la existencia de una causa extraña constituida por la destrucción del cerco del animal. Dicha causa extraña presenta los caracteres de la fuerza mayor respecto del propietario del animal constituyendo una causa extraña totalmente liberatoria. Asimismo, **la CA de Douai, 30.04.1998, Juris-Data n° 1998-710127 (en materia de transporte), manifestó:** *“Para ser exonerado de la presunción de responsabilidad establecida por (...), el transportista, sujeto a una obligación de resultado, debe probar que el daño fue debido a una causa extraña calificable de fuerza mayor, luego, a un evento que no ha podido ser previsto ni evitado, a pesar del cuidado y de la diligencia aportada”*. Estimamos que la sentencia es diametralmente clara en cuanto a la relación de género a especie entre las instituciones: *“causa extraña calificable de fuerza mayor”*³⁸.

³⁸ En otras especies, **la CA de Bordeaux, 09.12.1996, Juris-Data n° 1996-048194 (en materia de construcción), enseñó:** *“el contratista es exonerado de toda responsabilidad desde que las fisuras de los muros exteriores del inmueble se deben esencialmente a la sequía. En la especie, teniendo en cuenta la imprevisibilidad del acaecimiento de un período de sequía, no corresponde al contratista prever estudios de suelo, onerosos para el cliente y que habrían sido realizados para anteponerse a un evento muy hipotético”*. De la sentencia se desprende el carácter de causa extraña de la sequía, la cual es totalmente

28.- Establecida –en nuestro criterio– la relación innegable entre la fuerza mayor y la causa extraña, el análisis obliga a determinar el elemento que diferencia ambas nociones. Entendemos que la disparidad de conceptos encuentra fundamento en la exterioridad del evento, componente esencial de la causa extraña, mas no de la fuerza mayor.

B) La causa extraña y la exigencia de la exterioridad del evento

29.- Reconocemos la importancia en doctrina del desarrollo de la noción de la exterioridad³⁹, **en el cuadro de su carácter de elemento insustituible de la causa extraña**. Dicho criterio ha sido defendido fuertemente por los profesores G. Viney y P. Jourdain⁴⁰, así como por el profesor Ch. Larroumet⁴¹.

30.- En contra de esta posición, hacemos referencia a la discusión que durante años los autores han sostenido sobre la exigencia de la exterioridad en cuanto a su carácter de elemento de la fuerza mayor. Si bien algunos profesores, como el decano J. Carbonnier⁴² o A. Bénabent⁴³, han atribuido su dominio como elemento de la causa extraña, consideran que ésta (causa extraña) es también un elemento de la fuerza mayor. Otros, aun cuando reconocen abiertamente su rol como elemento de la fuerza mayor en materia de responsabilidad delictual, la niegan tajantemente en materia de responsabilidad contractual⁴⁴. Detectamos también autores que parecen desconocer toda su relevancia, llegando al punto de proponer una supresión del examen en materia de responsabilidades por culpa⁴⁵. Se ha defendido también el desconocimiento de la exterioridad en materia del “hecho de un tercero” o del “hecho de la víctima”⁴⁶ (aun cuando creemos que respecto del “hecho de la víctima” la exigencia de exterioridad

exoneratoria por su carácter de imprevisible (el juez no se pronuncia sobre la irresistibilidad, pero no es el momento de cuestionar este punto). Por su parte **la CA de Paris, 28.02.1995 (en materia de responsabilidad contractual), considera:** “La SNCF está sujeta, en su calidad de transportista, a una obligación de seguridad respecto de los pasajeros (...), salvo que establezca que la inejecución proveniente de una causa extraña pueda consistir en una culpa exclusiva de la víctima que presente los caracteres de imprevisibilidad y de irresistibilidad de la fuerza mayor”. La sentencia identifica, en buen criterio, una especie de causa extraña –la culpa de la víctima– la cual permite liberar totalmente al demandado si presenta los caracteres de la fuerza mayor.

³⁹ Para un análisis en Derecho Chileno y Comparado, revisar el trabajo de la citada profesora María Graciela Brantt Zumarán, *La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato*. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. (Valparaíso, Chile). XXXIII (2° Semestre 2009), pp. 39-102.

⁴⁰ G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 384.

⁴¹ Ch. Larroumet, op.cit. n° 400.

⁴² J. Carbonnier, op. cit. p. 308.

⁴³ A. Bénabent, *Les obligations*, Paris 2010, 12e édition, Montchrestien, n° 322.

⁴⁴ H. et L. et J. Mazeaud, op. cit. n° 1566 (criticando la noción de exterioridad de los defensores de la teoría del riesgo).

⁴⁵ P. Jourdain, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, Tesis Paris II, n° 613 et ss. por Ph. Brun, op. cit. n° 279.

⁴⁶ Ver en este punto, G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 385.

no es contestada en jurisprudencia, pues la existencia de ésta es prácticamente un componente de la naturaleza de la indicada especie de causa extraña, y la noción es retenida solo en circunstancias muy especiales⁴⁷); mientras que otra importante voz manifiesta que la exterioridad constituye “una noción autónoma de la calificación de la fuerza mayor”⁴⁸. Por último, agregamos que un célebre profesor indica que en el campo de la responsabilidad delictual la exterioridad de la fuerza mayor constituye el elemento fundamental y único en la materia estudiada⁴⁹. En fin, hacemos presente que la defensa del abandono⁵⁰ por la Corte de Casación de la exigencia de la exterioridad (opinión rechazada en doctrina⁵¹⁻⁵² bajo la justificación de la jurisprudencia de la misma Corte de Casación⁵³) se opone a su reconocimiento expreso por las Cortes de Apelaciones⁵⁴.

31.- Los profesores G. Viney et P. Jourdain trasladan sabiamente el debate, **no la estudian en la perspectiva de la fuerza mayor** –especie de la causa extraña (desde el punto de vista de la extensión de la exoneración)–, **sino en cuanto a su rol de noción indispensable de la causa extraña**. Lo indicado les permite definir a la exterioridad, diciendo que ésta significa “*simplemente que el demandado no puede invocar, para escapar a su responsabilidad, ni un hecho que habría el mismo provocado o que en cuyo origen estaría, ni un hecho respecto del cual una regla jurídica cualquiera le impone precisamente garantizar las consecuencias perjudiciales para terceros*”⁵⁵. En otras palabras, si bien tradicionalmente, la exterioridad del evento ha sido considerada como un elemento más de la fuerza mayor (junto a la irresistibilidad y la imprevisibilidad) –y en ese escenario discutida su dimensión– ahora la noción en examen es

⁴⁷ “Esta situación se verifica en particular cuando la víctima se pone a disposición del demandado y ha seguido escrupulosamente sus directivas, por ejemplo en el curso de una operación de rescate”, G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 387

⁴⁸ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, 2da ed., Thémis Droit Puf, París, 2010, p. 182.

⁴⁹ A. Tunc, *Force majeure et responsabilité délictuelle*, RTD civ. 1946, p. 199.

⁵⁰ P. Jourdain, *Force majeure: L'Assemblée plénière manque l'occasion d'une définition claire*, Recueil Dalloz 2006, Jurisprudence, p. 1566.

⁵¹ “La condición de la exterioridad parece haber sido abandonada por la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación en 2006 (14.04.2006 n°s 04-18.902 y 02-11.168), pues ella no retuvo el dúplico de la imprevisibilidad y de la irresistibilidad; sin embargo esto no es cierto, porque el comunicado de prensa de la Corte de Casación sobre las sentencias del 14.04.2006 menciona la exterioridad”. Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris 2010, 8e édition, n° 1816.

⁵² Estimamos, además, que la referencia a las sentencias de la Asamblea Plenaria 14.04.2006 n°s 04-18.902 y 02-11.168, como fundamento a la supresión de la condición de exterioridad, no es efectiva. Lo anterior, pues las sentencias determinan cuáles son los elementos de la fuerza mayor. La exterioridad es un elemento de la causa extraña que no tenía por qué ser considerada en dicha calificación.

⁵³ Con respecto a la ausencia de exterioridad en la caída de un ascensor: Civ. 3ra, 01.04.2009, n° 08-10.070, Bull. Civ. III, n° 71; con respecto a los daños causados por un aluvión: Civ. 2da, 02.04.2009, n° 08-11.191, RCA 2009, n° 127.

⁵⁴ En este sentido, se ha reconocido la exterioridad en materia de enfermedad de Alzheimer: CA Douai, 29.02.2008; en materia de choque de una pala mecánica con un tendido de alimentación eléctrica: CA Nancy, 22.01.1998 - n° 96003765; en materia de los daños a consecuencia de un huracán: CA Paris, 12.02.2010 - n° 07/12483.

⁵⁵ G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 385.

elevada a una condición *sine qua non* del género: causa extraña⁵⁶. En palabras simples, podríamos estimar que la exterioridad de la causa extraña obedece a una aplicación del principio que prohíbe al demandado exonerarse invocando un hecho del cual debe responder. Lo referido –estimamos– inspiró al consejero B. Petit a sostener que la noción en examen no es más que “la expresión de una garantía”⁵⁷.

32.- Resulta fundamental el análisis de la condición de exterioridad, pues en su ausencia simplemente no podemos atribuir al fenómeno su calidad exoneratoria, sea total si presenta los caracteres de la fuerza mayor, sea parcial si no los presenta. Asimismo, reconocemos que la determinación de la exigencia de exterioridad no puede ser definida de una manera uniforme para todos los eventos susceptibles de ser considerados como exoneratorios. La noción puede ser analizada desde una diversidad de parámetros, sea respecto de la persona del deudor o del agente, sea respecto de la cosa que se guarda, o bien de las personas por las que se debe responder o de la empresa que se dirige.

33.- En fin, el examen de la exterioridad y, en consecuencia, de la causa extraña, reviste interés en todo sistema de responsabilidad, **pero presenta una especial relevancia en el dominio de los sistemas de responsabilidad objetiva**. Lo anterior, ya que la prueba de la ausencia de culpa –medio de exoneración en sistemas de responsabilidad subjetiva– no constituye argumento suficiente para liberar al deudor de una obligación de resultado (art. 1147), o al agente en el dominio de la responsabilidad general por el hecho de las cosas (1384 inc. 1º), o al obligado a responder por el hecho de quien está bajo su guarda (1384 inc. 1º), o a los padres por el hecho de sus hijos menores (1384 inc. 4º), o al mandante por el hecho de su mandatario (1384 inc. 5º).

34.- Ahora bien, aun cuando el artículo 1147 es una norma de aplicación contractual, no debemos limitar el desarrollo de la causa extraña sólo a este dominio. Ya que la institución comentada presenta una evidente importancia en materia de responsabilidad delictual. A esto debemos agregar que en Francia la jurisprudencia en aplicación de razonamientos delictuales ha modelado la causa extraña y la propia fuerza mayor. Por su parte, en el dominio de la **responsabilidad contractual**, si bien –la causa extraña totalmente exoneratoria– **reviste una importante aplicación (b)** en cuanto a la liberación del deudor en materia de obligaciones de resultado (aun cuando el deudor de una obligación de medios también puede liberarse por la prueba de una causa extraña exoneratoria, pero dicha prueba naturalmente es más compleja que la simple acreditación de su ausencia de culpa), **en materia de responsabilidad delictual la aplicación de la exterioridad presenta un desarrollo**

⁵⁶ Ch. Larroumet, op. cit. n° 398.

⁵⁷ Informe del consejero B. Petit a propósito de las sentencias de la Asamblea Plenaria de 14.04.2009.

notable (a). Lo indicado, en relación a que lógicamente no todo daño está mediata o inmediatamente enmarcado bajo un vínculo contractual. Por tanto, el desarrollo casuístico de la institución es una palpable consecuencia de su aplicación fuera del contrato.

(a) En materia delictual

35.- La aplicación de la exterioridad reviste una extensa diversificación en sus diferentes especies de responsabilidad objetiva, sea en el capítulo de la **responsabilidad por el hecho de otro, sea en el de la responsabilidad por el hecho de las cosas.**

36.- En la primera especie, la ley es clara al establecer que el mandante es responsable por el **hecho de sus mandatarios** en la medida en que estos no hayan realizado el acto culpable configurando un abuso de funciones, de conformidad al art. 1384 inc. 5⁵⁸. Además, los **padres son responsables por el hecho de sus hijos menores** en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1384 inc. 4⁵⁹. Por otra parte, en materia jurisprudencial este principio no ha estado exento de evolución. Pues se ha detectado en el artículo 1384 al. 1 del Código Civil un **principio de aplicación general de la responsabilidad por el hecho de otro**, aplicable a las personas naturales o jurídicas que de manera permanente controlan, organizan y dirigen el modo de vida de ciertos individuos⁶⁰. Luego, significaría un atentado a la exigencia de la exterioridad de la causa extraña que el hecho del mandatario, del hijo menor o de quien está sujeto a un modelo de control, organización y dirección permanente, constituyera un fenómeno respecto del cual el guardián no deba responder. Y que, en consecuencia, este fenómeno permitiera liberar a quienes deben responder por el hecho dañoso de estas personas. En este punto ha sido resuelto por la Corte de Casación que: *“el estado de salud del mandatario que ejerce el uso, la dirección y el control de una cosa por cuenta del propietario no es una causa extraña exoneratoria del propietario”*⁶¹. Cerramos este párrafo haciendo presente que respecto de la responsabilidad de los padres la jurisprudencia se muestra aun más exigente a la hora de su eventual exoneración. Puesto que aun cuando el hecho hubiera sido irresistible e imprevisible respecto de los hijos, la Corte de Casación se rehúsa a retener la exoneración de los padres⁶².

⁵⁸ *“Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés”.*

⁵⁹ *“Le père et la mère, en tant qu’ils exercent l’autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux”.*

⁶⁰ As. Ple., 29.03.1991, D. 1991.324, nota Ch. Larroumet.

⁶¹ Cas. 2^{da} civ. 04.11.1965, D. 1966. 394, nota Plancqueel.

⁶² Así por ejemplo: Cass. 2^e civ. 02.12.1998, Bull. civ. II, n° 292; CA Chambéry, 04.01.2000, Resp. civ. et assur. 2000, comm. 318, nota L. Grynbaum.

37.- En la segunda especie, a partir de la evolución jurisprudencial que ha consagrado –como ya indicamos– un principio general de responsabilidad por el hecho de las cosas⁶³ a partir de lo dispuesto por el art. 1384 inc. 1º, y además de las decisiones judiciales que han aplicado lo dispuesto en el art. 1385⁶⁴ respecto de la responsabilidad por el hecho de los animales, se ha determinado que jamás el vicio interno de la cosa o del animal pueden constituir una causa extraña exoneratoria. De aquí que se haya establecido que el neumático reventado constituye un vicio interno de la cosa que impide su calificación como evento exoneratorio⁶⁵, el mismo criterio se ha retenido en materia de ruptura de un mecanismo de un vehículo⁶⁶, o por la explosión de un televisor⁶⁷. Por su parte, en el marco de la relación entre la responsabilidad delictual por el hecho de las cosas y los fenómenos naturales se aplica un criterio similar, así por ejemplo: ciertas sentencias consideran que el propietario del terreno permanece responsable, en tanto que guardián, cuando el aluvión o el deslizamiento de terreno resulta de un vicio interno de la cosa⁶⁸. Incluso se ha considerado, que la responsabilidad del guardián sobre la cosa se extiende cuando la causa del suceso se ha debido a un evento natural, como una perturbación meteorológica⁶⁹; en el campo de las tormentas, se ha retenido la responsabilidad del guardián de un árbol que cae a causa del fenómeno provocando daños, cuando el árbol presentaba un vicio oculto, constituyendo un vicio inherente a la cosa⁷⁰; lo mismo respecto de un ciclón que provoca la caída de una grúa sobre un edificio, especie en la que es retenida la responsabilidad del guardián de la grúa, pues el evento no presentaba los caracteres de la fuerza mayor⁷¹; o a causa del congelamiento sobre la ruta, en que no se ha retenido la fuerza mayor, considerándose al guardián del vehículo responsable cuando el fenómeno era previsible⁷². En otro ámbito, ha sido la propia jurisprudencia⁷³ la que ha determinado que el poder de usar, dirigir y controlar una cosa ejercido por el guardián, le atribuye precisamente una calidad de garante por los daños producidos por ésta respecto de la víctima⁷⁴. La jurisprudencia exige además

⁶³ Sentencias Teffaine y Jand'heure.

⁶⁴ *"Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé"*.

⁶⁵ CA Lyon, 30.12.1926, DH 1927, 177; CA Paris, 18.07.1930, Gaz. Pal. 1930, 2, 674; Civ. 2e, 12.02.1970, n° 68-13.115, Bull. civ. II, n° 51.

⁶⁶ CA Paris, 13.07.1931, Gaz. Pal. 1931, 273; Civ. 11.03.1940, Gaz. Pal. 1940, 15.

⁶⁷ TGI Melun, 16.11.1977, D. 1978, IR 321, obs. Ch. Larroumet.

⁶⁸ Civ. 2da, 19.06.1959, Bull. civ. II, n° 482; Civ. 2º, 09.06.1977, n° 76-12.212, Bull. civ. II, n° 151.

⁶⁹ Cas. 2da civ. 05.05.1975, Gaz. Pal. 1975. 2. 528, nota Plancqueel.

⁷⁰ Civ. 2da, 05.05.1975, Gaz. Pal. 1975, p. 528.

⁷¹ Civ. 2da, 18.03.1988, n° 95-22.014, Bull. civ. II, n° 97.

⁷² CA Paris, 14.03.1930, DP 1930, 2, 115, note Besson.

⁷³ Sentencia Franck: Cámaras reunidas, 02.12.1941, DC, 1942, p. 25, nota G. Ripert.

⁷⁴ En este sentido: *"el vicio inherente de la cosa que ha causado el daño no constituye respecto de aquel que ejerce sobre esta cosa los poderes de dirección, control y uso correlativos a la obligación de guarda, un caso fortuito o una fuerza mayor de naturaleza a exonerarlo de su responsabilidad hacia los terceros"*: Cas. 2da civ. 20.12.1968, Gaz. Pal. 1969. 1. 119.

que el evento sea exterior a la persona misma del guardián⁷⁵, criterio adoptado incluso antes de la Ley n° 68-5 de 03 de enero de 1968 en materia de alteración mental⁷⁶ y naturalmente con posterioridad a la referida ley, en este dominio una Corte de Apelaciones estableció: *"la deficiencia en las facultades intelectuales y el desequilibrio psicológico no constituyen una causa exoneratoria de la responsabilidad del guardián"*⁷⁷.

b) En términos contractuales

38.- La condición de exterioridad exige naturalmente que el evento sea ajeno al deudor, o no imputable a él, según se desprende de la norma fundamental de la materia en estudio: *"causa extraña que no puede ser imputada"* (art. 1147). Comprendiendo en la exigida ajenidad **no solamente al deudor de una obligación contractual, sino también a las personas que en su nombre ejecutan el contrato o a la cosa objeto del contrato**. En otras palabras, abarcando ya sea en género: la responsabilidad contractual; ya sea en especie: la responsabilidad contractual por hecho de los dependientes del deudor y la responsabilidad contractual por el hecho de las cosas.

39.- En el primer escenario –**responsabilidad contractual por el hecho de los auxiliares o substitutos del deudor**– naturalmente el deudor de la obligación es también responsable por el hecho de quien él mismo ha introducido en la etapa de ejecución del contrato. De esta manera, los hechos de los dependientes obligan al empleador, pues estos obedecen al ejercicio de una representación de quien ejerce autoridad. Luego, el deudor no puede invocar la exterioridad para liberarse de la actuación jurídica del dependiente⁷⁸. Sin embargo, existen ciertas situaciones donde la actuación de los dependientes adquiere tal grado de autonomía que sus actos o manifestaciones constituyen respecto del obligado un caso de fuerza mayor. Por ejemplo, en materia de huelga⁷⁹. En eventos de la especie, se ha liberado al deudor de su obligación, puesto que los movimientos de trabajadores obedecen a causas externas al campo de autoridad del empleador.

40.- En el segundo escenario –**responsabilidad contractual por el hecho de las cosas empleadas en la ejecución del contrato, cosa objeto del contrato**– la jurisprudencia ha rechazado la exoneración del deudor fundada

⁷⁵ Así, no es considerado como exoneratorio *"El malestar de salud pasajero del guardián"*: Cass. 2e civ. 19.12.1966, Bull. civ. II, n° 977.

⁷⁶ Cas. 2ª civ. 18.12.1964, D. 1965. 191, nota Esmein; CA Nîmes, 13.03.1961, JCP 1961. II. 12360, nota Esmein.

⁷⁷ CA Dijon 21.04.1971, Gaz. Pal. 1971. 2. 459.

⁷⁸ CA Colmar, 27.06.1966, Rev. jur. Alsace-Lorraine 1967. 11; Cas. 1ª civ. 18.01.1989, Bull. civ. I, n° 19.

⁷⁹ Exoneración de la empresa porque la huelga tiene por origen una decisión gubernamental: Cass. 1ª civ., 24.01.1995, Bull. civ. I, n° 54.

en el vicio oculto de la cosa utilizada por éste, en razón de ausencia de exterioridad respecto de aquel. En este aspecto, el juez debe observar una apreciación mucho más rigurosa, pues el deudor debe ser considerado como el garante de los daños causados por la cosa⁸⁰, al igual que en materia delictual. Por ejemplo, en materia de sangre contaminada en relación al contrato de la clínica con el organismo distribuidor⁸¹, o del material en virtud del cual los establecimientos de enseñanza ejecutan su contrato educacional⁸². De los ejemplos indicados podemos apreciar la aplicación de una exterioridad material⁸³ o también diríamos exterioridad *strictu sensu*. El juez no ha retenido la exoneración del deudor **pues el evento no es efectivamente ajeno a su poder o autoridad**. En otras palabras, poco importa la intención o la voluntad del sujeto, pues aun cuando éste no haya contribuido con su voluntad en el acaecimiento del evento, éste se habrá producido en el ámbito interno de su competencia. Por tanto, debe responder.

41.- Por otro lado, **consideramos que la exterioridad debe exigir un examen de carácter extensivo más que estricto**, lo cual ha conducido a los profesores Ph. Malaury, L. Aynès, et Ph. Stoffel-Munck a sostener que reviste una calidad *flotante*⁸⁴ ya que debe ser examinada en atención a la **causa del daño y a su relación con el deudor** de la obligación inejecutada. Por ejemplo, podría afirmarse que en estricto rigor la enfermedad no debería ser considerada como exterior y no podría liberar al deudor por ausencia de causa extraña, desde el punto de vista de la exterioridad material. **Sin embargo, su situación en jurisprudencia es diametralmente diferente** a la luz de decisiones antiguas⁸⁵ y también actuales⁸⁶. De esto que podamos reflexionar en torno a la idea de si realmente la consideración de la enfermedad es una excepción o no a la exterioridad. Estimamos que no, y que aun cuando la enfermedad sea un evento interno del individuo, puede llegar a configurar la exigencia jurídica de exterioridad. En este sentido, el profesor Ch. Larroumet⁸⁷ al indicar que la condición de exterioridad es igualmente cumplida, pues la enfermedad proviene de una **causa externa al deudor**, es decir, no

⁸⁰ Por ejemplo, "la presencia de bacterias tóxicas en un pescado no constituye fuerza mayor imprevisible y exterior para el dueño del restaurant": CA Poitiers 16.12.1970, Gaz. Pal. 1971. 1. 264; Así también se ha decidido que el vicio de los materiales de construcción no constituye una causa de exoneración de los constructores: Cas. 3ª civ. 22.10.1980, Bull. civ. III, n° 161 et 162.

⁸¹ Así por ejemplo, en materia de Sida Cas. 1ª civ. 12.04.1995 [2 sentencias], JCP 1995. II. 22467, nota P. Jourdain.

⁸² El establecimiento de enseñanza es responsable del hecho de las tijeras puestas a disposición de los alumnos: Civ. 1ª, 17.01.1995, D. 1995.350, nota P. Jourdain, JCP 1996. I. 3944.

⁸³ En este sentido P.-A. Antonmattei, op. cit n° 35 et ss.

⁸⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck. *Les obligations*, Paris 2010, 4e édition, Defrénois-Lextenso, n° 956.

⁸⁵ Por ejemplo, en caso de una enfermedad larga y grave: Cas.com. 04.01.1967, Bull. civ. III, n° 6.

⁸⁶ En materia de cáncer que impide al deudor cumplir con su obligación de entregar una máquina: Cas. As. Plen., 14.04.2006, Bull. civ., n°s 5 et 6; en materia de Alzheimer: CA Douai, 29.02.2008.

⁸⁷ Ch. Larroumet, op. cit n° 398.

es imputable a éste **porque permanece exterior a su voluntad**. En contra el profesor D. Noguéro estima que la enfermedad debe ser apreciada en atención al carácter de la falta objetiva en sentido amplio, retenida en materia contractual, y en consecuencia, no debe ser aceptada la exoneración en caso de enfermedad del deudor⁸⁸.

42.- Por otra parte, si retomamos la letra del artículo 1147, será posible desprender que lo que exige la ley es justamente la **no imputabilidad del evento alegado** bajo el fundamento de la fuerza mayor. *A priori*, podríamos estimar que dicho sentido es contradictorio –como lo exponen H. Y L. Mazeaud y J. Mazeaud⁸⁹– **a la exterioridad material de la causa extraña**. Toda vez que si lo exigido es ciegamente la exterioridad, cualquier evento que se verifique internamente dentro del ámbito de competencia del deudor, aun ajeno a su voluntad, impediría la exoneración. **Sostenemos, en contra, que la exigencia de exterioridad no se contradice con la no imputabilidad del fenómeno requerida por la disposición legal** y que perfectamente un evento “interno”, o mejor dicho “ajeno a la voluntad del deudor”, puede ser considerado como externo desde el punto de vista de su no imputabilidad. En efecto, si apreciamos el ejemplo de la enfermedad, lo que retiene el juez no es una fuerza mayor basada exclusivamente en sus caracteres de irresistibilidad e imprevisibilidad, es la misma coexistencia de los elementos de la fuerza mayor y la exterioridad de la causa extraña fundamentada en la no imputabilidad de la enfermedad respecto del deudor es la que lo libera de su obligación.

43.- Finalmente, asumimos que la aplicación subjetiva de la condición de exterioridad exige una aplicación matizada. Reconocemos que si se aplica al extremo, podría constituir una fuente de abusos del deudor incumplidor. Así, se ha decidido que la distribución de agua corrosiva no constituye una causa de exoneración para el distribuidor⁹⁰, ni el desperfecto en la prótesis dental fabricada por el dentista⁹¹, pues en ambos casos el vicio se encuentra incorporado internamente en el campo de autoridad del deudor.

44.- En fin, una vez analizada la cuestión de límites de la fuerza mayor, con respecto al caso fortuito y la causa extraña, y dejado por establecido que la exterioridad no es un elemento de la fuerza mayor, sino que más bien es el elemento *sine qua non* de la causa extraña; corresponde ahora, ingresar en el análisis de los presupuestos estructurales de la noción.

⁸⁸ D. Noguéro, *La maladie du débiteur cas de force majeure*, D. 2006, chron. 1566.

⁸⁹ H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud, op. cit. N° 1566

⁹⁰ Cas. 1^a civ. 26.05.1994, Bull. civ. I, n° 190.

⁹¹ Cas. 1^a civ. 29.10.1985, Bull. civ. I, n° 273.

II. La respuesta judicial: los criterios retenidos para la calificación de la fuerza mayor

45.- Como bien sabemos el Código Civil francés, a diferencia de otras legislaciones⁹², no define a la fuerza mayor, se limita a consagrarla en materia contractual en los artículos 1147 y 1148⁹³ sin referencia de concepto ni de requisitos de configuración. De aquí que la doctrina y la jurisprudencia se hayan volcado en dar respuesta a los cuestionamientos relativos a la estructura de la noción, contribuyendo en la determinación y alcance tanto de sus elementos esenciales (A), como respecto de los mecanismos de apreciación de los mismos (B).

A.- La estructura exoneratoria de la fuerza mayor, una ordenación expuesta a cuestionamientos

46.- Clásicamente se ha retenido en jurisprudencia que los elementos constitutivos de la fuerza mayor corresponden conjuntamente a la irresistibilidad y a la imprevisibilidad. Sin embargo, la cuestión de la calificación de los caracteres indicados ha sido objeto de un importante movimiento jurisprudencial en los últimos quince años. En concreto, se ha discutido en doctrina el carácter subsidiario o secundario de la imprevisibilidad, afirmándose que no ocuparía más que una plaza de indicador de la irresistibilidad. Desprendiéndose, con ello, que el único elemento de determinación de la fuerza mayor sería la irresistibilidad, motivando el pronunciamiento de la Corte de Casación. Es en relación a este debate en el que nos concentraremos a continuación (a), pronunciándonos enseguida sobre un segundo grupo de observaciones relativas al rol asumido por la insuperabilidad, la inevitabilidad y la imposibilidad a título de criterios modernos de determinación de la fuerza mayor (b).

a) La fuerza mayor y sus elementos clásicos

47.- Desarrollaremos este apartado concentrándonos, en primer lugar, sobre el fortalecimiento de la condición de la irresistibilidad del evento exoneratorio (1); y abocándonos, en segundo lugar, en la controvertida interpretación de la imprevisibilidad (2).

1.- La irresistibilidad del evento, un presupuesto insustituible

48.- Una parte importante de la doctrina considera que la irresistibilidad es el elemento más importante de la fuerza mayor⁹⁴. Por otro lado, ciertos autores

⁹² Art. 45 Código Civil chileno: "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 actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc".

⁹³ "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".

⁹⁴ P.-H. Antonmattei, op. cit n° 87, G. Viney et P. Jourdain, op. cit, n° 396, J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, op. cit n° 270; Ph. Brun, op. cit. n° 276; N. Dejean de la Bâtie, *Responsabilité Délictuelle*, Paris

estiman que la irresistibilidad es el elemento que se identifica con la fuerza mayor⁹⁵. Éste se traduce en la imposibilidad absoluta del deudor de cumplir con su obligación, o del agente de evitar el daño. Sometiéndose el hombre a un evento más fuerte que él⁹⁶ y –claro está– liberándolo, pues a lo imposible nadie está obligado. Pero atención, no cualquier imposibilidad puede ser retenida como elemento de la fuerza mayor, es necesario que la imposibilidad sea total y absoluta, no parcial⁹⁷. Por un lado, en materia contractual, la irresistibilidad se traduce en una imposibilidad total de ejecución⁹⁸. Esta condición no es verificada cuando el cumplimiento de la obligación suponga un impacto económico al contratante obligado y convierta la prestación en más onerosa⁹⁹. Lo indicado, en respeto del principio de la intangibilidad del contrato y de la seguridad jurídica. Asumiendo que el Derecho Civil francés no retiene como especie de la fuerza mayor a la fuerza mayor económica¹⁰⁰. Tampoco, la imposibilidad en el cumplimiento de una obligación de género, puede configurar la irresistibilidad de la fuerza mayor¹⁰¹. En otras palabras, lo que en definitiva caracteriza un evento irresistible es que el deudor o el agente no pueden hacer nada para impedirlo¹⁰², y en consecuencia, la obligación será inejecutada inimputablemente por el obligado o sin responsabilidad del guardián. Con razón un autor indica que el afectado por la irresistibilidad es un “*juguete de la fatalidad*”¹⁰³.

49.- Sin lugar a dudas, la exigencia de la irresistibilidad es fundamental a la hora de la configuración de la fuerza mayor. En este sentido Ph. Remy defen-

1989, Litec, n° 137; Jacques Moury, op. cit. p. 471; P. Jourdain, RTDCiv 1994, Chroniques p. 871, RTD Civ 1998, Chroniques p.121 ; Ph. Delebecque, Recueil Dalloz 1998, Sommaires commentés p. 199; Barthélémy Mercadal, Recueil Dalloz 1998, Sommaires commentés p. 318; Valérie Depadt-Sebag, Recueil Dalloz 2003, Jurisprudence, p. 2465.

⁹⁵ A. Bénabent, op. cit. n° 332, J. Carbonnier, op. cit. n° 162, M. Fabre-Magnan op. cit n° 270.

⁹⁶ J. Carbonnier, ibidem. (Traducción de la expresión: *trouve son maître dans un événement plus forte que lui*).

⁹⁷ En este sentido, no ha sido retenida la fuerza mayor en diversas especies, por ejemplo: La guerra del Golfo no exonera a la agencia de viajes, pues el conflicto no impedía realizar un viaje a Marruecos, Civ 1ª, 08.12.1998, n° 96-17.811, Bull. civ I, n° 346; una huelga no puede ser considerada como un evento irresistible para la agencia de viajes cuando ésta termina un día antes del previsto para el viaje, CA Paris, 05.10.2001, D. 2001, IR 3174; la muerte de un actor no es irresistible pues puede ser reemplazado, de tal manera, que no libera al contratante de su obligación, Soc. 12.12.2003, n° 99-42.985, Bull. civ. V, n° 50; la contaminación del agua no es irresistible para el distribuidor de agua al público, pues éste puede efectuar trabajos para evitar el defecto, Civ. 1re, 30.05.2006, n° 03-16.335, Bull. civ. I, n° 279.

⁹⁸ Expresión limitada al dominio contractual. En este sentido Ph. Le Tourneau op. cit. n° 1809; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette n° 582.

⁹⁹ No liberan al demandado: las dificultades económicas, Cas. soc., 28.04.1986, D. 1987, Jur. p. 474; la pérdida de un mercado, Cas. soc., 27.11.1990, n° 87.40407; la pérdida de un cliente importante, Cas. soc., 30.06.1988, n° 85.43791; la indisponibilidad de un jugador de fútbol por lesiones, CA Bourges, 17.04.1987, D. 1989, Somm. p. 405.

¹⁰⁰ Ver en este punto: C. Puigelier, *Les difficultés financières et de fonctionnement d'une entreprise ne peuvent à elles seules caractériser la force majeure permettant de justifier la rupture du contrat de travail à durée déterminée*, Recueil Dalloz 1996, Jurisprudence, p. 633.

¹⁰¹ “*Genera non pereunt*”. Se ha resuelto en materia agroalimentaria que la quiebra del distribuidor del deudor no lo libera de su obligación, Cas. 1ª civ. 12.07.2001, Bull. civ. I, n° 216.

¹⁰² Ch. Larroumet, op. cit. n° 724.

¹⁰³ Ph. Le Tourneau op. cit. n° 1809.

diendo el rol fundamental del presupuesto¹⁰⁴, refiriéndose al plano contractual, sostiene que lo que caracteriza la fuerza mayor es la imposibilidad de ejecutar la obligación contraída en circunstancias que el evento no ha sido asegurado por éste. En términos similares, entendemos que Ph. Stoffel-Munck, dando la razón a Ph. Remy, enseña que lo característico de la fuerza mayor es el acaecimiento de un fenómeno por el cual el deudor no estaba obligado de responder. Estimando, en consecuencia, **que poco importa si el hecho era o no previsible**, pues lo verdaderamente determinante es si el hecho fue o no asegurado por el deudor en la conclusión del contrato¹⁰⁵.

50.- El rol exclusivo de la irresistibilidad, en cuanto requisito de existencia de la fuerza mayor, encontró un abundante reconocimiento jurisprudencial. Se declaró que **aun cuando el evento hubiera podido ser previsto, el deudor no habría podido dar cumplimiento a la obligación, o el agente impedir el daño, previa adopción de todas las medidas necesarias para evitar el resultado nefasto, la exoneración debía ser retenida**. Si bien en un comienzo este criterio fue aplicado en casos particulares¹⁰⁶, por la sentencia de 09 de marzo 1994 de la 1ª Sala Civil de la Corte de Casación se sentó un precedente al establecer –en materia de robo– que *“la irresistibilidad del evento es, por ella sola, constitutiva de fuerza mayor, cuando su previsión no es capaz de impedir sus efectos; siendo necesario que el deudor haya tomado todas las medidas requeridas para evitar la realización del evento”*¹⁰⁷, adoptando este criterio de manera permanente¹⁰⁸. Dicho espíritu **traspasó incluso** las fronteras de la Sala referida, alcanzando la Sala Comercial¹⁰⁹, Social o Laboral¹¹⁰ y Criminal¹¹¹, detectándose asimismo un significativo respaldo de la doctrina¹¹².

¹⁰⁴ Ph. Rémy nota a la sentencia : Cas. Civ. 1ª, 17.11.1999, Bull. civ. I, n° 307, RGDA.2000.194.

¹⁰⁵ Ph. Stoffel-Munck, observaciones a la sentencia: Cas. civ. 1ª, 06.11.2002, Bull. civ. I, n° 258, RDC 2003.59.

¹⁰⁶ En materia de huelga del personal de EDF el máximo tribunal estableció: *“la irresistibilidad del evento es por ella sola constitutiva de la fuerza mayor cuando su previsión no podría impedir sus efectos”*. Cas. 1ª civ. 07.03.1966, Bull., n° 166; mismo criterio en el campo de fenómenos químicos por la acción de bacterias que provocan la corrosión de los tubos de canalización, Civ. 3ª, 10.10.1972, D. 1973.379.

¹⁰⁷ Cas. civ. 1ª, 09.03.1994, RTD civ. 1994. 871, obs. P. Jourdain.

¹⁰⁸ Por ejemplo, en materia de incendio, “que ella (CA Nimes, 17.06.1997) retuvo soberanamente que el evento era irresistible; que por este solo motivo ella justificó su decisión caracterizando así la fuerza mayor”: Civ 1re, 17.11.1999, Bull. civ I, n° 307. A propósito de la responsabilidad del organizador de un viaje a Egipto *“mientras que la sola irresistibilidad caracteriza la fuerza mayor”*: Cas. civ. 1ª, 06.11.2002, Bull. civ. I, n° 258, RDC 2003.59, obs. Stoffel-Munck.

¹⁰⁹ Por ejemplo, en materia de la responsabilidad del transportista de mercaderías y de un robo a mano armada: *“la irresistibilidad del evento es por ella sola constitutiva de la fuerza mayor, cuando su previsión no hubiera podido impedir los efectos, bajo reserva que el deudor haya tomado todas las medidas requeridas para evitar la realización del evento”*. Cas. com., 01.10.1997, Bull. civ. IV, n° 24.

¹¹⁰ Considerando que no hay fuerza mayor en las siguientes especies: por causa de la muerte del actor principal de una serie de televisión, en circunstancia que su continuación puede realizarse por otro comediante; por la destrucción parcial de un hotel a causa de un ciclón; por la ineptitud de un trabajador a las labores asignadas en virtud de un contrato a duración determinada: Cas. Soc., 12.02.2003 (3 sentencias), Bull. civ. V, n° 50.

¹¹¹ En materia de accidente de circulación, el conductor es exonerado de su responsabilidad, pues *“actuó bajo el imperio de una fuerza a la que no pudo resistir”*, Cas. Crim, 15.11.2005, Bull. crim., n° 295

¹¹² Ver Infra p. 18, cit. n° 93.

51.- Constatamos, no obstante, que la 2ª Sala Civil **no se sumó a esta concepción** de la irresistibilidad como único y suficiente presupuesto de la fuerza mayor. Fue en medio de esta discrepancia, que el pronunciamiento de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación, materializado en dos sentencias de 14 de abril de 2006¹¹³ vino a restablecer “aparentemente” los elementos de la fuerza mayor tanto en materia contractual¹¹⁴ como en materia delictual¹¹⁵ en su posición clásica. En síntesis, la Asamblea Plenaria siguió la tesis de la 2ª Sala del Máximo Tribunal francés. Es del caso hacer presente, sin embargo, que el criterio observado por la 1ª Sala, había sido de tal convicción que incluso después de las mencionadas sentencias de la Asamblea Plenaria, la referida judicatura pareció continuar privilegiando la irresistibilidad¹¹⁶, así como ciertas Cortes de Apelaciones¹¹⁷. Dicha concepción se extendió, hasta la sentencia de 30 de octubre de 2008, pronunciada por la 1ª Sala de la Corte de Casación, en cuya virtud fue sepultada la corriente de la irresistibilidad exclusiva como único elemento de la fuerza mayor, requiriéndose en todo caso la imprevisibilidad para acoger la exoneración del deudor o del agente¹¹⁸. Volveremos más adelante sobre esta sentencia, al tratar el rol preponderante de la imprevisibilidad en materia contractual¹¹⁹.

52.- Por otra parte, destacamos que las decisiones expresadas por la Asamblea Plenaria en abril de 2006, en el sentido de exigir conjuntamente ambos carac-

¹¹³ Cas. As. Plen. 14.04.2006, n° 04-18.902, n° 02-11.168, 2 esp., Bull. As. Plen. n°s 5 y 6.

¹¹⁴ En la especie, una máquina no puede ser entregada en razón de una enfermedad grave que provocó la incapacidad temporal y luego la muerte del deudor. La Corte estableció: “No tiene lugar la demanda de indemnización de perjuicios cuando, a consecuencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito, el deudor ha sido impedido de dar o de hacer aquello respecto de lo cual estaba obligado (...), que es este caso, desde que el deudor estaba impedido de ejecutar su obligación por la enfermedad, evento que presenta un carácter imprevisible a la época de la conclusión del contrato e irresistible en su ejecución, es constitutivo de fuerza mayor”.

¹¹⁵ En la especie, el cuerpo sin vida de una mujer fue descubierto en la estación del Metro de París, sin que la información disponible pudiera determinar las circunstancias del accidente. Las pretensiones de los herederos de la víctima fueron desestimadas en Apelación en virtud de que la caída no podía ser explicada más que por la acción voluntaria de la víctima que caracterizaba una culpa de ésta, exoneratoria de toda responsabilidad de la RATP, revistiendo para la empresa un carácter imprevisible e irresistible. La sentencia fue recurrida en Casación por los herederos. La pretensión fue nuevamente rechazada. El máximo tribunal ordenó: “si la culpa de la víctima no exonera totalmente al guardián que con condición de presentar los caracteres de un evento de fuerza mayor, esta exigencia es satisfecha cuando esta culpa presenta, a la época del accidente, un carácter imprevisible e irresistible”.

¹¹⁶ Así, fue retenida la fuerza mayor pues el daño no hubiera podido ser evitado: Civ. 1ª, 27.06.2006, n° 03-16.607, Bull. civ. I, n° 335, en la especie, la activación del sistema de evacuación intempestivo de un avión (dos toboganes de emergencia).

¹¹⁷ CA Lyon, 23.06.2009, Juris-Data n° 2007-360551. En materia de robo a un transportista de dinero, “la irresistibilidad de este evento es por ella sola constitutiva de la fuerza mayor, es suficientemente caracterizada y capaz de exonerar a la sociedad transportista de su responsabilidad respecto de sus dos clientes”.

¹¹⁸ Civ. 1ª 30.10.2008, n° 07-17.134, Bull. civ. I n° 243. La citada sentencia rechaza la fuerza mayor invocada por EDF, en atención a que la huelga no era imprevisible, estableciendo: “sólo un evento que presenta un carácter imprevisible, a la época de la conclusión de un contrato, e irresistible en su ejecución, es constitutivo de un caso de fuerza mayor”. Con esto la 1ª Sala Civil de la Corte de Casación renuncia definitivamente a considerar a la sola irresistibilidad como único y suficiente componente de la fuerza mayor.

¹¹⁹ Ver *Infra*, p. 26, n° 63.

teres, no representan a una parte importante de la doctrina. Los profesores G. Viney y P. Jourdain¹²⁰ niegan que el criterio de la Asamblea Plenaria sea el de exigir ambos caracteres, pues tras el análisis de las sentencias, no se desprende que se requiera la mencionada doble condición. Por su parte, el profesor P. Jourdain¹²¹ **entiende que el criterio expuesto por la Asamblea Plenaria es falto de realismo**, pues lo fundamental es que el evento dañoso **sea inevitable para el deudor**, aun cuando este hubiera podido prever el acaecimiento del mismo. Hacemos presente que años más tarde el citado profesor terminaría por aceptar la inclinación de la 1ª Sala Civil de la Corte de Casación a la tesis clásica antes expuesta¹²².

53.- Importancia particular presenta la aplicación de la irresistibilidad, tanto en el dominio contractual como delictual, con respecto a la SNCF (compañía de transporte ferroviario). Lo indicado, pues muy raramente la Corte de Casación ha atribuido a la falta de la víctima los caracteres de la fuerza mayor y en particular la irresistibilidad habilitante para exonerar completamente al demandado¹²³. En diversas sentencias se ha establecido que *“el comportamiento de la víctima no presenta los caracteres de la fuerza mayor”*¹²⁴ y, en consecuencia, se ha condenado a la SNCF. Se desprende entonces de las sentencias que sobre la SNCF –en aplicación de la obligación de seguridad incorporada en virtud de la técnica del forzamiento del contrato (*forçage du contrat*) al contrato de transporte– pesaría una verdadera obligación de garantía, esto es, no susceptible de exonerar en virtud de la fuerza mayor. Dicho criterio ha sido también juzgado respecto de las agresiones sufridas por pasajeros, condenándose bajo el mismo fundamento a la SNCF¹²⁵. De lo mencionado, consideramos en síntesis **que ni la culpa de la víctima ni las agresiones sufridas por pasajeros constituyen un evento irresistible** para la SNCF, pues dichos eventos deben ser cubiertos por la obligación de seguridad que pesa sobre la institución.

54.- El rechazo del reconocimiento de la irresistibilidad a la culpa de la víctima –y en general de los caracteres de la fuerza mayor– no tan sólo es aplicable en el ámbito de la SNCF. Puesto que el mismo razonamiento ha sido plasmado por

¹²⁰ G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 396: *“no se desprende de las sentencias que la Asamblea Plenaria haya pretendido exigir sistemáticamente esta doble condición. No es entonces en realidad efectivo que la Alta Jurisdicción haya querido cerrar toda posibilidad de retener la fuerza mayor en presencia de eventos previsibles, pero en que los efectos perjudiciales no podían ser evitados aun con las precauciones que su previsión permitiría”*.

¹²¹ P. Jourdain, obs. RTD civ. 2006, p. 775.

¹²² P. Jourdain, obs. RTD civ. 2009, p. 126.

¹²³ A propósito de este punto, ver Supra pág. 20, cit. n° 114.

¹²⁴ Corresponde a la SNCF asegurarse de la ausencia de pasajeros en la vía antes de dirigir hacia la parada. Cas. 2ª Civ. 15.12.2005, Bull. civ. II, n° 336; víctima abre la puerta y cae, 27.02.2003, Bull. civ. II, n° 45.

¹²⁵ Víctima empujada hacia el exterior por otro pasajero al momento de descender del tren en la estación, Cas. 2ª civ. 15.03.2001, Bull. civ. II, n° 56; pasajero agredido por otro pasajero, Cas. 1ª civ. 12.12.2000, Bull. civ. I, n° 323.

la Corte de Casación, frente a la fuerza mayor invocada por el guardián, a quien se le imputa responsabilidad bajo el fundamento del artículo 1384 inc. 1^o¹²⁶. Ello conduce a los profesores F. Chabas y F. Gréau a sostener que *“la situación del guardián respecto de aquella cosa que ha jugado un rol activo parece en realidad sin salida: si se tomaron precauciones útiles para evitar el daño, corresponde a que éste era previsible; si él permaneció en la pasividad, su comportamiento negligente le será reprochado”*. Más adelante los mismos autores indican: *“salimos acá de una lógica de responsabilidad en beneficio de una lógica de garantía finalmente un poco alejada del régimen especial de indemnización de la víctimas de un accidente de circulación”*¹²⁷. Según este criterio podríamos entender que la irresistibilidad de la fuerza mayor en el ámbito delictual de la responsabilidad por el hecho de las cosas no presenta una aplicación real efectiva, reduciendo a la figura a una **causa de exoneración teórica**¹²⁸.

55.- No nos sumamos a las consideraciones de los reconocidos profesores F. Chabas et P. Gréau, pues hemos constatado que las Cortes de Apelaciones han reconocido la fuerza mayor en reiteradas ocasiones, mostrándose más indulgentes con la retención de la irresistibilidad¹²⁹. Esto último, sumado a la sentencia de principio de la Asamblea Plenaria de 14 abril de 2006 (en atención al fallo relativo al suicidio de la víctima, respecto del cual se establecen las condiciones para la retención de la exoneración), no nos puede conducir a un desconocimiento de la fuerza mayor en esta materia.

56.- Por último, sostenemos que la **fuerza mayor obedece a un concepto vivo**, sea en su carácter de irresistibilidad como también en el de la imprevisibilidad. Sin perjuicio de lo anterior –tal como se indicó más arriba– existen quienes consideran que bastaría la sola verificación de la irresistibilidad para retener la fuerza mayor, limitando el rol de la imprevisibilidad sólo a un **índice de la irresistibilidad o de la inevitabilidad del fenómeno**, encontrando su reconocimiento en la línea jurisprudencial de la 1ª Sala Civil de la Corte de Casación, ya señalada. Conectaremos este punto a continuación, cuando intentemos exponer la situación de la imprevisibilidad y sus alcances como presupuesto de la fuerza mayor.

¹²⁶ A propósito de un accidente en un ascensor, responsabilidad del guardián del ascensor, Cas. 2ª civ. 18.03.2004, Bull. civ. II, n° 139; respecto de la caída de la víctima en una fosa de lavado, 22.05.2003, Bull. civ. II, n° 154.

¹²⁷ F. Chabas et P. Gréau, n° 48.

¹²⁸ En este sentido, S. Hocquet-Berg, *Gardien cherche force majeure... Désespérement...*, Resp. civ. et assur. 2003, chron. 12.

¹²⁹ Entre otras, CA Besancon, 30.01.2003, Juris-Data n°: 2003-204264, contaminación de piscinas de piscicultura; CA Grenoble, 21.01.2003 Juris-Data n°: 2003-201113, violenta explosión que destruye un bar a causa de una substancia explosiva; CA Pau, 16.04.2002 Juris-Data n°: 2002-178127, exoneración de la responsabilidad de una represa en atención al carácter imprevisible e irresistible de una tormenta.

2.- La imprevisibilidad del suceso, elemento defendido por la Corte de Casación y determinante en el dominio contractual:

57.- Bien sabemos que la doctrina clásica, representada en la especie por importantes juristas, tales como: M. Planiol¹³⁰, J. Radouant¹³¹, G. Ripert, J. Boulanger¹³² y los célebres hermanos Mazeaud¹³³, entre otros, reconocen el valor irremplazable de la imprevisibilidad como elemento de la fuerza mayor. No obstante, este componente considerado por el profesor A. Sériaux como “necesario y dinámico”¹³⁴, no ha estado exento de cuestionamientos modernos, relativos **a su importancia y a su rol particularísimo en materia contractual.**

58.- **Respecto de su importancia**, G. Durry se manifestó como un acérrimo enemigo de la imprevisibilidad, considerando que: “la irresistibilidad basta para retener la fuerza mayor, desde que de haberse previsto el evento, no podía ser impedida su realización. Entender diferentemente la fuerza mayor sería elaborar una noción vacía, carente de sentido y de utilidad verdadera”¹³⁵. El referido comentario del profesor G. Durry fue evocado a consecuencia de una sentencia del año 1966 –ya citada– en la que fue retenida la fuerza mayor por la constatación de la sola irresistibilidad, en el supuesto de hecho que ni aun previéndose el evento el demandado se hubiera podido impedir el daño¹³⁶.

59.- Si bien tradicionalmente la imprevisibilidad ha sido comprendida como la **ausencia de previsión en el acaecimiento del hecho dañoso**, aplicable tanto en materia contractual como delictual, parte de la doctrina estima que el problema de la imprevisibilidad más que un cuestionamiento sobre la ausencia de previsión corresponde al **examen en las probabilidades de verificación del evento**. Ya que, desde un punto de vista general, podría estimarse que todo evento podría ser previsto, y en este escenario la noción de imprevisibilidad carecería de contenido¹³⁷. Adoptando el criterio de la probabilidad, la determinación de la imprevisibilidad presupone la facultad del deudor o del agente de prever con certitud el marco de posibilidades en que

¹³⁰ M. Planiol, op. cit. n° 725.

¹³¹ J. Radouant, op. cit. p. 150 et s.

¹³² G. Ripert, J. Boulanger, op. cit. n° 807

¹³³ H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud n° 1574

¹³⁴ A. Sériaux, nota a la sentencia Cas. com. 27.01.1981: D. 1982, 110.

¹³⁵ G. Durry, RTD civ. 1966, 823, n° 278.

¹³⁶ Lo indicado motivó a parte de la doctrina a alinear banderas con la opinión de G. Durry y a considerar, en definitiva, que la imprevisibilidad dista de ser un componente autónomo de la fuerza mayor, puesto que su fundamento solo puede ser encontrado en la institución en su determinante trascendencia a título de indicador de irresistibilidad o de inevitabilidad.

¹³⁷ Este último sentido de la expresión fue defendido por J. Radouant en su célebre tesis, en los siguientes términos: “la imprevisibilidad aparece así como una cuestión de más o menos chances de realización de un evento: ella es excluida por la certeza o por la probabilidad seria, mas no por una posibilidad vaga” (J. Radouant, op. cit. p. 165), y reconocido por A. Tunc años más tarde: “en realidad no es la previsibilidad lo que se considera, sino que la probabilidad” (A. Tunc. art. cit. n° 11, p. 186).

el evento puede efectivamente acaecer y, en consecuencia, “de anticipar la presencia o los efectos, a fin de sustraerse”¹³⁸. Luego, el ejercicio de determinación de la imprevisibilidad conduce al establecimiento del marco de probabilidad del evento revistiendo una identificación con las alternativas de evitabilidad del mismo. Conduciendo al razonamiento jurídico de “prever con el objeto de evitar, es decir, si pudiendo preverse el evento hubiera sido posible evitar el daño”; situación en la que el presupuesto en estudio sería “útil”¹³⁹. Sin que, en contra, sea necesaria en situaciones en las que el fenómeno, previsto, adoptó características de inevitable. De lo expuesto, se ha llegado a la conclusión que más que la imprevisibilidad en tanto factor de la fuerza mayor, es la inevitabilidad del fenómeno la que habilita a la exoneración, en conjunto con la irresistibilidad. En el sentido descrito el profesor P. Jourdain enseña: “es entonces finalmente la inevitabilidad lo que es requerido, al lado de la irresistibilidad; inevitabilidad que resulta sea de la imprevisibilidad del evento, sea de la imposibilidad de impedir los efectos dañosos por las precauciones que requiere su previsión”¹⁴⁰. De aquí que entendamos que la imprevisibilidad bien puede ser exigida como “una condición de admisión o de recepción”¹⁴¹ de la fuerza mayor, **más que como un elemento propio de la causal exoneratoria**. Es por todo lo anterior que ha sido estimado, que lo que el juez debe apreciar al aceptar o rechazar la exoneración por fuerza mayor es la **inevitabilidad** del evento; concepto, este último, que en definitiva es absorbido por la condición de la irresistibilidad en clave de imposibilidad, sea de ejecutar la prestación, sea de esquivar el daño. Es por ello que la imprevisibilidad es considerada por P. Jourdain como un “un indicio de la irresistibilidad”¹⁴². En este mismo sentido, pero sosteniendo la autonomía de la inevitabilidad como elemento de la fuerza mayor, M. P.-H. Antonmattei sostiene que la imprevisibilidad es un “indicio de la inevitabilidad”¹⁴³⁻¹⁴⁴.

60.- Para mayor claridad al respecto, volvamos a lo expuesto por la sentencia de la 1ª Sala Civil de la Corte de Casación de 9 de marzo de 1994, en la que se rechazó la fuerza mayor en el caso de un robo a mano armada que tuvo lugar

¹³⁸ Ch.- A. Junod, Force majeure et cas fortuit dans le système suisse de la responsabilité civile, Genève, 1956, p. 94, cité par P.-H. Antonmattei, op. cit. n° 86

¹³⁹ V. Depadt-Sebag, Recueil Dalloz 2003, Jurisprudence, p. 2465.

¹⁴⁰ P. Jourdain, RTD civ. 2001, p. 374,

¹⁴¹ P. Jourdain, RTD civ. 1994, p. 871.

¹⁴² P. Jourdain, op. cit., loc. cit.

¹⁴³ P.-H. Antonmattei, op. cit. n°s 74 y 87.

¹⁴⁴ Recordemos, tal como fue indicado a propósito de la irresistibilidad (Ver Supra p. 20, cit. 105-108), existe una importante jurisprudencia pronunciada bajo el fundamento de que la sola irresistibilidad del suceso es suficiente para retener la total liberación del deudor o del agente. En el evento en que, no obstante la previsión del fenómeno, el demandado no habría podido evitar sus efectos, y a condición, de que éste hubiera adoptado las medidas necesarias para evitar el fenómeno. Ello implica tácitamente, la posibilidad de considerar que el principal elemento de la fuerza mayor es la irresistibilidad, así reconocido por los autores J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, en op. cit., n° 270, que refiriéndose a la exoneración del guardián establecen que la irresistibilidad abarca a la imprevisibilidad; mientras que otros indican –como ya hemos mencionado– que la imprevisibilidad ocuparía una plaza secundaria representativa de un indicador de la irresistibilidad o de la inevitabilidad.

en un hotel. En la especie, un cliente víctima del robo demandó el reembolso de los fondos robados, el hotel se defendió invocando la fuerza mayor. Los jueces de fondo rechazaron la exoneración, pues el hotelero había cometido negligencias, en la especie, se abrió la puerta a los ladrones por parte del responsable de velar durante la noche. La Corte de Casación aprobó la sentencia reconociendo que el robo a mano armada no constituye un caso de fuerza mayor *“desde que no se habían adoptado todas las precauciones posibles que su previsibilidad hacía necesarias”*¹⁴⁵. Fundándose en la sentencia mencionada, el experto P. Jourdain aprecia claramente el carácter de indicador de la irresistibilidad que ocupa la imprevisibilidad más que un rol de elemento de la esencia de la fuerza mayor¹⁴⁶, toda vez que hubiera bastado que el hotelero adoptara las medidas de seguridad para que frente a un evento similar se retuviera la fuerza mayor, no obstante la previsibilidad en el acaecimiento del hecho generador del daño.

61.- En contra, corresponde hacer referencia –en este párrafo también– sobre las sentencias del 14 de abril de 2006 pronunciadas por la Asamblea Plenaria, interpretadas por parte de la doctrina como el reconocimiento expreso de la doble exigencia de la imprevisibilidad y de la irresistibilidad como los dos grandes componentes de la fuerza mayor¹⁴⁷. Sin embargo, este criterio no ha sido completamente reconocido por parte de la doctrina, ya que junto a los ya citados G. Viney y P. Jourdain, la opinión del profesor Ph. Le Tourneau es categórica: *“La Asamblea Plenaria no resuelve verdaderamente el debate; porque si ella reconoció que la fuerza mayor es considerable en presencia de un evento que presente un carácter imprevisible e irresistible, ella no ha afirmado que sus caracteres son necesarios”* y agrega más adelante: *“pareciera a veces que la imprevisibilidad no es mencionada más que como un indicio de la fuerza mayor, y no como un elemento determinante de ella”*¹⁴⁸.

62.- Por nuestra parte, destacamos el actual reconocimiento a los caracteres de la irresistibilidad y de la imprevisibilidad como componentes conjuntos de la fuerza mayor, el cual ha sido secundado por sentencias posteriores a las pronunciadas por la Asamblea Plenaria el 14 de abril de 2006¹⁴⁹. A su turno, dicho planteamiento es reconocible en la letra de

¹⁴⁵ Cas. civ. 1ra, 09.03.1994, RTD civ. 1994.871, obs. P. Jourdain.

¹⁴⁶ P. Jourdain, RTD civ. 1994, Chroniques, p. 871.

¹⁴⁷ Y. Dagonne-Labbe, *L'imprévisibilité de l'évènement est constitutive de la force majeure*, Defrénois, 30.04.2009 n° 8.824.

¹⁴⁸ Ph. Le Tourneau, op. cit. n° 1813.

¹⁴⁹ Cas. 2ª civ., 05.04.2007, n° 06-10.797: La Corte de Casación casó la sentencia que había exonerado a la SNCF por el accidente acaecido en la ruta, y en la que se había retenido la irresistibilidad del impacto, puesto que la presencia de un vehículo entre las barreras era imprevisible. Cass. 1ª civ., 30.01.2008, n° 07-17.134, Bull. civ. I, n° 243: para admitir que una huelga había impedido a la EDF (compañía de electricidad) proporcionar la energía necesaria a la actividad industrial de una sociedad, los jueces de fondo acogiendo la fuerza mayor establecieron: *“ los cortes de electricidad, aun cuando eran previsibles ya que habían sido anun-*

proyectos de reforma de Derecho Civil francés¹⁵⁰ y en cuerpos de principios de derecho de contratos y de responsabilidad civil¹⁵¹. Aun cuando cabe destacar, que en el ámbito de directivas aplicables al comercio internacional la exigencia de la imprevisibilidad cede frente a la irresistibilidad del evento¹⁵². Consideramos que la pureza de la institución no puede ser entendida sin el recurso a la imprevisibilidad. Veremos a continuación como el carácter en cuestión cumple un **rol fundamental en el campo de la responsabilidad contractual**.

63.- Sostenemos que, para estos efectos, el contrato debe ser entendido como un instrumento de previsión o, tal como expondremos a continuación, **como una herramienta de determinación de probabilidades**. Si un evento es previsible (en el sentido de probable) al momento de la celebración del contrato, podemos estimar que el contratante se ha obligado sabiendo que puede generarse dicho evento y que en tal caso será responsable de sus consecuencias. De aquí que no compartamos la tesis relativa a que un evento previsible, pero inevitable, pueda dar lugar a la fuerza mayor. Dicha apreciación de la imprevisibilidad es diferente a la aplicable en el dominio de la responsabilidad delictual, pues en esta especie de responsabilidad, necesariamente, la imprevisibilidad debe considerarse al momento de la producción del evento, constituyendo esto el único aspecto que separa ambas ramas de la responsabilidad civil. Volveremos sobre este punto en la letra B de esta segunda parte de nuestro trabajo¹⁵³.

64.- De lo establecido se desprende la particularidad que en materia contractual presenta la imprevisibilidad. Reconocida por la pluma del profesor A. Bénabent,

ciados públicamente, eran irresistibles, inevitables e insuperables en las condiciones de su acaecimiento y que en el dominio contractual, en tales circunstancias de irresistibilidad, la imprevisibilidad no es requerida". La Corte de Casación, censurando el motivo transcrito dispuso "que sólo un evento que presenta un carácter imprevisible, en la conclusión del contrato, e irresistible en su ejecución, es constitutivo de un caso de fuerza mayor".

¹⁵⁰ Así, el Proyecto de la Cancillería reconoce abiertamente que es la irresistibilidad del fenómeno imprevisible el que determina la fuerza mayor en materia contractual (art. 134). Este último criterio es adoptado –siempre en materia contractual– por el Proyecto de Reforma del Derecho de Contratos de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, el cual otorga a la imprevisibilidad del evento un carácter determinante, en relación a la concepción del contrato como instrumento de previsión (art. 100 al. 1er). En contra, el Anteproyecto de Reforma del Derecho de las Obligaciones y de la Prescripción reconoce a la irresistibilidad el carácter fundamental de la noción, sin eliminar la imprevisibilidad, no la exige de manera indispensable (art. 1349 al. 3). Sin embargo, este último proyecto ha sido cuestionado en este punto por el Informe del Grupo de Trabajo de la Corte de Casación sobre el anteproyecto indicado, de 15.07.2007.

¹⁵¹ La exigencia de la imprevisibilidad también ha sido reconocida por los principios UNIDROIT en conjunto con la irresistibilidad del evento (art. 7.1.7) del que puede ser desprendido el reconocimiento como componente de la fuerza mayor. Un espíritu similar detectamos en el dominio de los principios elaborados por la Comisión LANDO. (art. 8:108). Así también, en el campo delictual, por los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil que de manera expresa califican a la imprevisibilidad y a la irresistibilidad como los elementos de la fuerza mayor (art. 7:102).

¹⁵² El carácter secundario de la imprevisibilidad puede ser desprendido de la Convención de Mercaderías en Ruta, la que no se refiere a la imprevisibilidad del fenómeno como elemento de la fuerza mayor (art. 17 párrafo 2). En este mismo sentido las Reglas Uniformes relativas al Contrato de Transporte Internacional Ferroviario de Mercaderías (art. 36 párrafo 2). En contra el carácter indispensable de la imprevisibilidad es reconocido por la Convención de Viena de 1980 sobre Contrato de Venta Internacional de Mercaderías (art. 79).

¹⁵³ Ver *Infra* p. 32.

de quien rescatamos que la imprevisibilidad no ha tenido en materia delictual el mismo desarrollo que en materia contractual¹⁵⁴. La jurisprudencia ha establecido que es en el momento de la celebración del contrato cuando debe apreciarse la imprevisibilidad¹⁵⁵ del evento o más bien –diríamos– la ausencia de probabilidad del mismo. Luego, si el deudor contrae una obligación sin considerar el riesgo de probabilidad de verificación de un fenómeno, y en tal sentido sin limitar su responsabilidad respecto de los daños del mismo, deberá responder por su falta de previsión¹⁵⁶. Resulta entonces extraíble de lo mencionado que la imprevisibilidad se vincula en materia contractual a un “*criterio de atribución de riesgos*”, tal como lo expone P.-H. Antonmattei¹⁵⁷, o a una “*repartición de los riesgos de la operación, tal como ha sido fijado por la convención, la ley, o en su silencio, por los razonables objetivos de las partes*”¹⁵⁸ en los términos de la profesora M. Mekki. Siguiendo con el planteamiento de la citada autora, estimamos que este **criterio de atribución de riesgos**, debe aplicarse también tácitamente frente al silencio de las partes en conformidad al principio de buena fe y de lealtad contractual. De aquí que aun cuando no se haya establecido que un deudor deba responder expresamente de un determinado evento, sea la determinación de las circunstancias del mismo la que implícitamente establezca que el deudor debe responder de éste. En tal sentido los hermanos Mazeaud indican: “*decir que un evento era imprevisible significa que no había ninguna razón especial para pensar que este evento se produciría*”¹⁵⁹, motivando al profesor Th. Genicon a estimar que: “*la*

¹⁵⁴ A. Bénabent, op. cit. n° 622

¹⁵⁵ Ver Supra p. 20, cit. n° 112.

¹⁵⁶ Es por ello que para R. Demogue “*la imprevisibilidad tiene entonces un valor en tanto culpa para contratar*”, en *Traité des obligations en général*, t. VI, Paris, A.Rousseau, 1931, n° 539, p. 578, par Th. Genicon, *Caractères de la force majeure: l'imprévisibilité est bien requise*, Revue des contrats, 01 janv. 2009, n° 1, p. 62. En este mismo sentido, G. Viney y P. Jourdain estiman que: “*la imprevisibilidad no es otra cosa, finalmente, que la ausencia de culpa en la previsión de la causa extraña: el evento imprevisible es aquel que el agente no está en culpa de no haberlo previsto*”, en op. cit. n° 399 p. 279. Por su parte, J.-C. Saint-Pau manifiesta: “*Si un evento capaz de complicar al deudor es previsible al momento de la conclusión de un contrato, el compromiso marca, a falta de cláusula exclusiva o limitativa de responsabilidad, que el deudor consintió en asumir los riesgos de la inejecución dañosa. Si el acaecimiento de un evento irresistible demuestra que se equivocó (en la previsión), debería ser totalmente indiferente (en los términos de fuerza mayor): primero, en derecho de la responsabilidad, porque el hecho de tentar el riesgo puede ser constitutivo de una culpa cuando el buen padre de familia se hubiera abstenido de contratar; luego, en derecho de contratos, porque conviene respetar la previsión del acreedor que contrató en función de un riesgo de inejecución que creía legítimamente asumido (y asegurado) por el deudor*”, en J.-Classeur Civil, article 1146 à 1155., n° 22. Así también, el decano J. Carbonnier sostiene: “*No es de fuerza mayor que el evento escapaba, a la época de celebración del contrato, a todas las precisiones humanas. Porque, si era previsible, el deudor tenía el deber de tomar las precauciones que habrían podido evitarlo; es más, debía abstenerse de contratar más que tentar el riesgo*” en op. cit. n° 162, p. 308. Este mismo criterio ha sido expuesto por P. Malinvaud: “*Si el evento era previsible, correspondía al deudor, quien debe ser particularmente precavido, sea no obligarse, sea adoptar las medidas necesarias para evitar la realización del daño*”, en *Droit des obligations*, Paris France, Litec, 8^{va} ed. 2003. y por el profesor Ch. Larroumet, quien considera que es el honor el que debe pesar sobre la responsabilidad del deudor frente a un evento previsible cuyas consecuencias no han sido excluidas en el contrato: “*se trata simplemente de obligarlo a ejecutar su compromiso, pues él pensaba poder estar en medida de respetarlo*”, en op. cit., n° 726.

¹⁵⁷ P.-H. Antonmattei, op. cit. n° 74, p. 56.

¹⁵⁸ M. Mekki, obs. a la sentencia de As. Plen. 06.04.2006 (ya citada), LPA 06.07.2006, p. 14.

¹⁵⁹ H., L. et J. Mazeaud, op. cit., n° 1576.

*apreciación de la imprevisibilidad reenvía primero a un cálculo de probabilidad a la época de la conclusión del contrato, para asegurarse que el deudor podía razonablemente considerar el evento*¹⁶⁰. En síntesis, aun cuando no se hayan establecido expresamente los riesgos respecto de los cuales debe responder el deudor, es perfectamente posible determinar que el deudor se encuentra obligado según las circunstancias del evento, cuando el examen de probabilidades así lo establezca.

65.- Por otra parte, somos categóricos en afirmar que el criterio antes propuesto no debe vincularse a la diligencia del deudor en la ejecución de su obligación, como expone, erradamente en nuestro entender, P.-H. Antonmattei. El poder exoneratorio de la fuerza mayor encuentra su razón de ser, no en términos subjetivos ligados a la falta de negligencia, **sino en la verificación de un evento que interrumpe el nexo causal entre el incumplimiento y el daño**. En consecuencia, la determinación de la imprevisibilidad no debe vincularse con la obligación misma, sino más bien con las vías de liberación del cumplimiento de la obligación¹⁶¹. Es en este sentido que el citado profesor Th. Genicon declara: *“El análisis se concentra en definitiva sobre el vínculo de causalidad y no sobre el contenido obligacional del contrato, porque no se trata verdaderamente de determinar aquello a lo que el deudor se encuentra obligado, sino de identificar entre los eventos que le han impedido ejecutar la prestación – aquello que, en virtud del contrato, de la ley, o de los usos, le permite exonerarse y aquello que no se lo permite”*¹⁶².

66.- Una vez analizados los caracteres de la fuerza mayor, y en síntesis delimitados los alcances de la irresistibilidad, los que nos conducen a sostener que su exigencia es obligatoria tanto en doctrina como en jurisprudencia; y de la imprevisibilidad, los que permiten concluir que su fundamento como elemento de la fuerza mayor es asimismo insustituible, percibiéndose una injerencia determinante en el dominio de la responsabilidad contractual, corresponde a continuación hacer referencia a una trilogía de caracteres que constituyendo un recurso terminológico del juez han conducido al planteamiento de una moderna calificación de la fuerza mayor.

b.- Un debate sobre la naturaleza de los criterios modernos de la fuerza mayor: la inevitabilidad, la insuperabilidad y la imposibilidad

67.- En el marco de la determinación y alcance de los caracteres de la fuerza mayor, hemos observado la constante relación entre los tradicionales compo-

¹⁶⁰ Th. Genicon, art. cit., *Revue des contrats*, 01 janv. 2009, n° 1, p. 62

¹⁶¹ En este sentido el profesor Th. Genicon expone: *“El análisis se concentra en definitiva sobre el vínculo de causalidad y no sobre el contenido obligacional del contrato, porque no se trata verdaderamente de determinar aquello a lo que el deudor se encuentra obligado, sino de identificar entre los eventos que le han impedido ejecutar la prestación, aquello que, en virtud del contrato, de la ley, o de los usos, le permite exonerarse y aquello que no se lo permite”*, en art. cit., *Revue des contrats*, 01 janv. 2009, n° 1, p. 62.

¹⁶² Th. Genicon, art. cit.

nentes de la irresistibilidad y de la imprevisibilidad con las nociones de insuperabilidad, inevitabilidad e imposibilidad, las que reconocidas en jurisprudencia han también sido objeto de reflexiones doctrinarias. La constatación descrita, nos motiva a referirnos sobre la real naturaleza de estas últimas y delimitar su contenido y campo de acción frente a la labor apreciativa del juez. En suma, valorar desde una perspectiva doctrinaria si corresponden a **herramientas en las que se basa el juez** para calificar un hecho de irresistible y de imprevisible o si, más bien, constituyen una **moderna definición** de los elementos esenciales de la fuerza mayor (1), sosteniéndonos en **la jurisprudencia** de tribunales franceses (2).

1.- *¿Elementos constitutivos o herramientas judiciales de apreciación?*

68.- Leemos generalmente en doctrina que los caracteres de la insuperabilidad, de la inevitabilidad y de la imposibilidad son entendidos como manifestaciones de expresión concreta de los componentes clásicos de la fuerza mayor. Así, el ya citado profesor G. Cornu indica –a propósito de la irresistibilidad– que ésta se manifiesta *“en el evento mismo (la huelga debe ser inevitable) y en sus consecuencias (el obstáculo a la ejecución debe ser insuperable)”*¹⁶³. A su turno, también ha sido reconocido por Ch. Larroumet, en los siguientes términos: *“la irresistibilidad se aplica al evento mismo, es decir, que ella supone que el deudor no ha podido impedir el acaecimiento del evento (...) pero ella se aplica también a las consecuencias del evento, es decir, que la verificación del suceso debe haber impedido absolutamente al deudor ejecutar su obligación”*¹⁶⁴, y por M. Favre-Magnan, quien expone: *“un evento irresistible es un evento insuperable, que no puede ser evitado”*¹⁶⁵. Asimismo, J. Raduant explica: *“la fuerza mayor es un evento imprevisible e irresistible”* e inmediatamente después de la referencia a la irresistibilidad indica: *“(insuperable o inevitable)”*¹⁶⁶, mientras que los profesores G. Marty y P. Raynaud enseñando la condición de la irresistibilidad manifiestan: *“para que haya fuerza mayor es necesario que el evento considerado y su incidencia sean inevitables para el deudor”*¹⁶⁷. Concluimos en este punto que la inevitabilidad se identifica con el hecho mismo, mientras que la insuperabilidad, con las consecuencias de éste. Por su parte, se entiende de lo expuesto por el profesor N. Dejean de la Bâtie, que tanto la irresistibilidad como la imprevisibilidad pueden ser identificadas con la noción de imposibilidad –ya sea en prever, ya sea en resistir. Enseña el indicado autor: *“entendemos acá por imposibilidad también la imposibilidad de prever la causa extraña (imprevisibilidad) así como la imposibi-*

¹⁶³ G. Cornu, op. cit., p. 172.

¹⁶⁴ Ch. Larroumet, *Les Obligations – Le Contrat*, op. cit., n° 724.

¹⁶⁵ Ch. Larroumet, op. cit., n° 724.

¹⁶⁶ J. Raduant, nota a la sentencia CA Paris 09.06.1961 : D. 1962, 2962, 297, par P.-H. Antonmattei, op. cit. n° 86.

¹⁶⁷ G. Marty, P. Reynaud, Ph. Jestaz, op. cit. n° 556

lidad de resistir (*irresistibilidad*¹⁶⁸). Nos parecen importantes los alcances antes expuestos, ya que consideramos que lo que está detrás del evento de fuerza mayor es siempre una imposibilidad radical, la cual matizada en atención de caracteres relativos (tal como veremos al referirnos a la apreciación de la figura, en atención al método), no es más que un reflejo de la operación conjunta de la irresistibilidad y de la imprevisibilidad.

69.- Por otro lado, lo expuesto más arriba dista de lo enseñado por el profesor P.-H. Antonmattei. Para éste, las nociones de **insuperabilidad, inevitabilidad e imposibilidad** permiten ser consideradas como una substitución a los tradicionales caracteres de la fuerza mayor, adquiriendo una propia autonomía. El autor funda su razonamiento en la tesis de considerar el hecho exoneratorio antes, durante y después de su verificación¹⁶⁹.

70.- En primer lugar, Antonmattei estima que la **inevitabilidad** no es una manifestación de la irresistibilidad, sino que se identifica con la previsibilidad del hecho dañoso, poniendo su énfasis no en los medios de que disponía el sujeto para hacer frente al evento, sino que en la **anticipación de su presencia o sus efectos**, con el propósito de impedirlos¹⁷⁰. Luego entonces es del todo interesante analizar la dimensión del evento inevitable. El cual en ciertas situaciones –netamente en atención a su evidente carácter irresistible– bastaría para calificar un evento como un caso de fuerza mayor. Por ejemplo, la situación de un hipotético rebote de balas, cuya irresistibilidad parece lógica, **no así su realización, la cual bien podría ser evitada**, interesando entonces su cuestionamiento. Así las cosas, el examen de la inevitabilidad del suceso sería necesario para la calificación de la fuerza mayor. Finalmente, podemos apreciar con claridad por qué para P.-H. Antonmattei la imprevisibilidad es más bien, un indicador de la inevitabilidad y no de la irresistibilidad, a diferencia de P. Jourdain. La inevitabilidad absorbe la imprevisibilidad y **sólo al momento de la apreciación global de los caracteres de la fuerza mayor**, es posible determinar su relación con el hecho irresistible –no antes–, pues un fenómeno inevitable no es sinónimo de irresistible. Por otro lado, **la insuperabilidad** del evento es calificada por el profesor P.-H. Antonmattei como una noción ambivalente, pues si bien debe apreciarse al momento de la verificación del suceso, dicha apreciación abarca dos aspectos bien definidos. En una parte, la insuperabilidad: *“traduce primero, la imposibilidad de actuar o de abstenerse creada por el evento”*¹⁷¹, que en palabras de una sentencia de la Corte de Casación se identifica con *“la imposibilidad absoluta de hacerse cargo de la obligación*

¹⁶⁸ N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit civil Français*, op. cit. n° 102.

¹⁶⁹ P.-H. Antonmattei, *Ouragan sur la force majeure*, JCP G 1996, I, 3907.

¹⁷⁰ P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, ob.cit, n° 86.

¹⁷¹ P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, ob.cit, n° 89.

*contratada*¹⁷². Por otra parte, la insuperabilidad debe identificarse con lo que el autor define como irresistibilidad *strictu sensu*, es decir, la incapacidad total del demandado de remediar por otros modos el daño provocado. En este sentido, y a propósito de huelga, *“los tribunales rechazan a veces el carácter de la insuperabilidad, ya que el problema puede ser resuelto por una negociación rápida”*¹⁷³. Finalmente, **la imposibilidad** del fenómeno no debe ser confundida con la irresistibilidad ni con la imprevisibilidad, en el entendido de lo enseñado por Dejean de la Batîe, referido a la imposibilidad de resistir o de prever. Pues la imposibilidad debe ser apreciada luego del acaecimiento y no antes ni durante la producción de éste. De aquí que entendamos que la imposibilidad –en el razonamiento de P.-H. Antonmattei– es el carácter autónomo de la fuerza mayor que identifica la anulación total y, por sobre todo, definitiva del demandado frente al impacto del fenómeno. De esto que el citado autor estime que esta condición de la fuerza mayor debería ser cronológicamente examinada en primer lugar, para posteriormente dar paso al estudio de la evitabilidad¹⁷⁴.

71.- La tesis de P.-H. Antonmattei, si bien obedece a una visión interesante de los caracteres de la fuerza mayor, no ha sido seguida por la doctrina ni por la jurisprudencia. Estamos de acuerdo con ello. De la lectura de los fallos de Cortes de Apelaciones, incluso posteriores a los pronunciamientos de la Asamblea Plenaria del año 2006, se desprende que para la pluma del sentenciador los vocablos indicados están dirigidos a demostrar la irresistibilidad del evento, y si se quiere, **a su imposibilidad, lo cual para nosotros marca la esencia del evento de fuerza mayor, y que desde una perspectiva amplia, es capaz de absorber la tesis expuesta más arriba**. Nos apoyamos para defender este último criterio en las palabras del profesor Carlos Pizarro Wilson, quien considera: *“En la definición de la fuerza mayor adquiere especial relevancia la noción de imposibilidad. El hecho constitutivo de fuerza mayor resulta irresistible en el sentido que el deudor contractual no puede evitar el acaecimiento del mismo, lo cual tiene como consecuencia la imposibilidad en el cumplimiento. En suma, las consecuencias del hecho estimado fuerza mayor (...) deben significar una imposibilidad en el cumplimiento”*¹⁷⁵.

2.- Referencias jurisprudenciales de los elementos

72.- Reconocemos la aplicación en diversas Cortes de Apelaciones del recurso a los vocablos en referencia. Sin embargo, fuerza es reconocer que dicha aplicación no ha sido verificada conjuntamente en su terminología triple, de-

¹⁷² Cass. com. 14 févr. 1989: CNIJ, Cass. Doc., n° CCC89B413143 par P.-H. Antonmattei, op. cit., loc. cit.

¹⁷³ CA Rouen 8 sept. 1988, Juris-Data n° 88-46051 par P.-H. Antonmattei, op. cit., loc. cit.

¹⁷⁴ P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, ob.cit, n° 85.

¹⁷⁵ C. Pizarro Wilson, op. cit. Rescatamos lo expuesto por el citado profesor. Sin embargo no comparamos la idea de la imprevisibilidad como un indicio de la irresistibilidad, que parece defender.

tectándose fallos en los que han sido utilizados individualmente cada uno de los elementos. De la lectura de las sentencias, desprendemos su carácter de herramienta del juez en su labor de determinación de la irresistibilidad, más que su rol autónomo a título de moderna concepción de los caracteres de la fuerza mayor.

73.- Pues bien, resulta común apreciar la existencia de fallos de Cortes de Apelaciones en que además de la imprevisibilidad es retenida la **inevitabilidad y/o la insuperabilidad** –entendemos, como identificación de la irresistibilidad– sea en atención al evento, sea a sus consecuencias, respectivamente. En el sentido apuntado presentamos: **CA Paris, 16.12.2009, Juris-Data n° 2009-017375**, en la que se determina que el ataque sufrido por el conductor de un camión constituye *“circunstancias imprevisibles, inevitables e insuperables, calificables de fuerza mayor y exoneratorias de responsabilidad para el chofer”*; **CA Paris, 15.12.2005, Juris-Data n° 2005-288894**: *“En caso de evento imprevisible, irresistible e inevitable, el transportista es exonerado de toda responsabilidad”*; **CA Pau, 12.12.2005, Juris-Data n° 2005-293470**: *“En presencia de un evento imprevisible, inevitable e insuperable que vuelve definitivamente imposible la ejecución del contrato de trabajo, la ruptura del contrato del dependiente, no imputable al empleador, es legítima y lo dispensa de otorgar la indemnización compensatoria de preaviso y la indemnización a causa del despido”* (supresión de establecimiento termal, a consecuencia de gérmenes nocivos, sin culpa del empleador); **CA Grenoble, 25.05.1998, Juris-Data n° 1998-710419**: *“En vista de las circunstancias del accidente y netamente del defecto de visibilidad no podía efectuar ninguna maniobra para evitar el accidente; el obstáculo siendo entonces imprevisible, y el choque inevitable, los caracteres de fuerza mayor están bien reunidos”*.

74.- Por último, apreciamos que terminológicamente la **imposibilidad** es retenida por las Cortes de Apelaciones en diversas sentencias, pero su vinculación a la fuerza mayor se identifica con la ausencia total de medios de que dispone el sujeto para hacer frente al fenómeno, y en definitiva resistir al mismo. Por tanto, estimamos que su dominio es comprendido asimismo en el campo de la irresistibilidad del evento, constatándose la importancia del presupuesto en cuestión. En justificación de la valoración referida: **CA Rennes, 10.11.2009, Juris-Data n° 2009-021802**: *“En la especie, Polonia conoció en el mes de julio de 2006 de condiciones climáticas excepcionales con temperaturas del orden de 35° a 40° que no habían sido observadas en ese país hace 200 años. Estas condiciones han vuelto imposible la ejecución del contrato firmado por las partes en los términos inicialmente previstos”*; **CA Bordeaux, 28.10.2009, Juris-Data n° 2009-013780**: *“En efecto, la presencia de nubosidad que hacía imposible el despegue del avión y la decisión impuesta por el servicio de navegación aérea de no autorizar el despegue constituye un caso de fuerza mayor”*; **CA Rouen, 12.12.2006, Juris-Data n°: 2006-329570**: *“El empleador ha hecho todo lo*

que su limitados medios financieros le permitían hacer, pero se encontró confrontado a gastos impuestos por la autoridad administrativa a los que le era *imposible* hacer frente”; **CA Besançon, 24.10.2006, Juris-Data n° 2006-325351**: “La guerra civil de Costa de Marfil constituye un siniestro que reviste los caracteres de la fuerza mayor en consideración de los riesgos para la seguridad personal corridos por el trabajador si éste no hubiera sido repatriado. Esta situación tornó *imposible* la continuación del contrato de trabajo, lo cual es confirmado por el desarrollo de los acontecimientos posteriores”.

75.- Finalizaremos este trabajo refiriéndonos a ciertos aspectos pertinentes a la apreciación de la fuerza mayor.

B.- Sobre la apreciación de la fuerza mayor

76.- Para cumplir con nuestro cometido, resulta indispensable analizar, en un comienzo, el momento en que se verifica la apreciación (a); mientras que más tarde culminaremos estas líneas abocándonos sobre el método de valoración de los elementos que componen la figura (b).

a.- En atención al momento

77.- En el dominio de la **irresistibilidad** –ya sea en el campo de la responsabilidad delictual como en el de la responsabilidad contractual– la imposibilidad absoluta del demandado para hacer frente al evento debe ser considerada por el juez a la época de la verificación del mismo. **Mientras que en materia de la imprevisibilidad**, la distinción de regímenes de responsabilidad obliga a realizar un análisis separado. Lo anterior, pues en términos contractuales la imprevisibilidad del evento debe ser determinada al momento de la celebración del contrato, mientras que en materia delictual en el de la producción del fenómeno.

78.- En cuanto a la apreciación de la **imprevisibilidad** al momento de la celebración del contrato, manifestamos que la regla indicada es reconocida tanto por la doctrina¹⁷⁶ como por la jurisprudencia¹⁷⁷. Con respecto a éste último punto, fue expresamente establecida por las sentencias de la Asamblea Plenaria a la cual hemos hecho referencia¹⁷⁸. Desprendemos de este criterio de

¹⁷⁶ Mazeaud et Chabas, t. 2, n° 576 ; G. Durry, obs. RTD civ. 1971. 863.

¹⁷⁷ En este sentido, rechazándose la exoneración de la SNCF: “La SNCF que está especialmente comprometida a asegurar la vigilancia del transporte de los dineros confiados por el Banco de Francia no puede invocar la fuerza mayor resultante de la imprevisibilidad del robo a mano armada, ya que ella conocía la naturaleza de las mercaderías respecto de la cual había aceptado asumir la responsabilidad íntegra», Cass. com. 03.10.1989, Bull. civ. n° 246; en cambio, reteniendo la exoneración: “huelga del personal (...), es retenido el carácter imprevisible del evento a la época de la conclusión del contrato”.

¹⁷⁸ Ver. Supra p. 23, cit. 113.

apreciación, que habiéndose establecido la imprevisibilidad del fenómeno a la época de la celebración del contrato, el demandado deberá probar exclusivamente la irresistibilidad del evento¹⁷⁹. Poco importa que el hecho haya devenido previsible en el transcurso de la ejecución sucesiva de un vínculo contractual. Dicho razonamiento se funda en el respeto de las **previsiones contractuales del deudor**, el cual no se obliga en razón de lo que era razonablemente previsible al momento de expresar su voluntad¹⁸⁰.

79.- Sin perjuicio de lo anterior, destacamos la opinión de P. Jourdain relativa a cuestionar el criterio expuesto en el párrafo precedente. Pues es del todo criticable exonerar al deudor de su obligación, que en la especie puede estar sujeto a una obligación de resultado, de su deber de poner todo lo que esté a su alcance para evitar el daño ocasionable por un fenómeno que presenta la condición de previsible **durante la ejecución del contrato**. El autor adopta como ejemplo, el contrato de transporte terrestre de mercaderías, en el que corresponde al transportista evitar exponer a riegos inútiles la mercadería durante el ejercicio del transporte¹⁸¹.

80.- En este sentido es ilustrable referirnos a la sentencia de 23 de febrero de 1988 por la que la Sala Comercial de la Corte de Casación en materia de robo, rechazó la exoneración por fuerza mayor de un conductor que en la especie había sido agredido por dos personas en el trayecto del transporte, luego de la detención del camión mediante señales luminosas. La Corte de Casación, sancionando el criterio de la Corte de Apelaciones, cuestionó el hecho de no haber investigado *“si las circunstancias que precedieron la agresión, y netamente el hecho que, desde su partida, el conductor se percató que su camión era seguido, no le permitía a éste prever el ataque con el objeto de sustraerse”*¹⁸². Se afirma que la apreciación de la imprevisibilidad no se verificó al momento de la celebración del contrato, sino que con respecto a los instantes previos a la detención del camión, la agresión del chofer y el robo de las mercaderías¹⁸³.

81.- Por otro lado, G. Cornu criticando la apreciación de la imprevisibilidad en los contratos de ejecución sucesiva, enseña: *“la apreciación de la imprevisibilidad al día del contrato puede ir del todo a nada”*. De lo establecido por el autor se desprende que, por ejemplo, en materia de huelga la imprevisibilidad del

¹⁷⁹ G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 397.

¹⁸⁰ En este sentido, Th. Genicon, art. cit., *Revue des contrats*, 01 janv. 2009, n° 1, p. 62 ; Ch. Larroumet, op. cit. n° 726.

¹⁸¹ P. Jourdain, *L'imprevisibilité de la force majeure: une pomme de discorde entre les première et deuxième chambres civiles de la Cour de cassation*, RTD Civ, 2003, p.301.

¹⁸² Cass. com 23 févr. 1988, Bull. Civ., IV n° 87.

¹⁸³ En este sentido, J. Apollis, consejero en la Corte de Casación, (Sala Comercial), informe relativo a la información de la fuerza mayor, ed. Francis Lefebvre, RJDA 11/97, p. 899, por Stavrakidis Triantafyllos, *L'exonération du transporteur routier de marchandises de sa responsabilité dans le droit français*, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille III.

fenómeno no puede ser apreciada a la época de la celebración del contrato en cuanto al riesgo de acaecimiento, ya que el riesgo de huelga está siempre presente. Por tanto, la imprevisibilidad en este sentido no puede ser sostenida, pues toda huelga es previsible. Sólo restaría concebir este componente de la fuerza mayor, con respecto a la verificación misma de la huelga, o en palabras del autor: *“sobre el evento, la huelga acaecida”*. Así, la imprevisibilidad reencuentra su fundamento –en los contratos de ejecución sucesiva– no en la perspectiva de la probabilidad, sino desde la óptica de la verificación del fenómeno. Más adelante Cornu manifiesta: *“de esto resulta la eliminación casi completa de la condición de la imprevisibilidad, no teniendo lugar de actuar más que en los casos en los que el contrato haya sido celebrado existiendo una amenaza de huelga”*¹⁸⁴, lo cual es muy poco probable.

b.- En atención al método

82.- Puesto que ninguna especie de evento es –en él mismo– un fenómeno irresistible e imprevisible –aun cuando se trate de un hecho de un tercero, de la culpa de la víctima o de un caso fortuito– es de vital importancia determinar el modo de apreciación de los caracteres de la fuerza mayor.

83.- Desde un punto de vista general, percibimos la casi perfecta uniformidad de la doctrina relativa a establecer que el modelo de apreciación de la fuerza mayor –sea en sus caracteres de imprevisibilidad como de irresistibilidad– es el de la apreciación *in abstracto*, es decir, **según la conducta del buen padre de familia o de un hombre prudente** que situado en un escenario jurídico similar y frente a las mismas circunstancias hubiera podido prever el hecho o resistir a él¹⁸⁵. La apreciación del evento irresistible no debería limitarse a los medios de que disponía el demandado como tal, para hacer frente al fenómeno irresistible, ya que lo que debe considerarse según Ph. Le Tourneau es *“si un individuo medio situado en las mismas circunstancias habría podido normalmente resistir”*¹⁸⁶. Pues bien, dicha consideración se encuentra en armonía con lo expuesto por los profesores Ph. Malaury, L. Aynès y Ph. Stoffel-Munck, quienes

¹⁸⁴ G. Cornu, *Par rapport a l'exigence de l'imprévisibilité dans les contrats de longue durée*, RTD Civ, 1981, p. 171.

¹⁸⁵ En este sentido, la profesora M. Fabre- Magnan enseña: *“en las dos definiciones hay un estándar de apreciación que corresponde a aquel de un hombre medio, normalmente vigilante y diligente”*, en op. cit., n° 737; así también los autores Mazeaud y Chabas: *“la imprevisibilidad y la irresistibilidad se aprecian in abstracto. No se trata de examinar si el demandado podía prever el evento y resistir a él, sino si un individuo prudente, situado en las mismas circunstancias hubiera podido preverlo o impedirlo”*, en *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*: Montchrestien, 9° éd., 1998, n° 576; lo propio expone Ch. Larroumet: *“la irresistibilidad es apreciada in abstracto, es decir, por referencia a lo que una persona normalmente razonable está en medida de hacer para evitar las consecuencias de un evento respecto del cual ella no ha podido impedir su acaecimiento”*, en op. cit., n° 724, más adelante agrega: *“la imprevisibilidad debe ser apreciada in abstracto, es decir, se trata de determinar lo que es normalmente imprevisible para un hombre razonable”*, en op. cit. n° 726.

¹⁸⁶ Ph. Le Tourneau, op. cit. n° 1808.

sostienen que el derecho no exige del agente “*ser un superhombre, Tarzán, Ásterix, Tintín, Superman, Rambo, o el Conde de Monte-Cristo*” y más adelante que: “*la apreciación de la irresistibilidad se hace en atención a un individuo ordinario, normalmente diligente*”¹⁸⁷. En síntesis, la apreciación de la irresistibilidad no debe realizarse en atención a las características personales y particulares del deudor o del agente. Dicho criterio también es sostenido por los profesores F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, quienes desarrollando la institución en análisis en el plano contractual indican: “*pudiendo ser tanto moral como material, la imposibilidad de ejecución debe corresponder a un impedimento absoluto, lo que comprende exclusión de una apreciación relativa a las fuerzas personales del deudor – in concreto*”¹⁸⁸. Por su parte, los profesores citados reiteran el mismo criterio en el dominio delictual, explicando que: “*este carácter debe ser apreciado in abstracto*”¹⁸⁹ aun cuando reconocen que la jurisprudencia parecía en una época haber adoptado una apreciación estricta de este carácter con respecto al guardián (responsabilidad delictual)¹⁹⁰.

84.- Por otro lado, en el campo de la **imprevisibilidad**, el juez debe considerar no una vaga posibilidad de verificación del hecho exoneratorio, **sino que una probabilidad cierta del mismo**. Estimar lo contrario condenaría a establecer que todos los eventos pueden ser previsibles. Luego, un evento puede ser calificado como imprevisible cuando no hay ninguna razón particular como para estimar que el fenómeno se produciría. En fin, la determinación del fenómeno previsible puede ser determinada según diversos principios. Así, Ph. Le Tourneau atribuye como elementos de determinación de la imprevisibilidad al curso habitual de las cosas, la existencia de una advertencia particular, la experiencia de vida, la constatación de un precedente¹⁹¹. Es por esto que los profesores F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, sostienen que respecto de la responsabilidad contractual: “*la condición de imprevisibilidad debe ser entendida de una forma razonable, porque casi todos los eventos son previsible, incluso las catástrofes: guerra, terremotos (...) se siguen entonces criterios accesorios de anormalidad, de brusquedad, de extrañeza*”¹⁹², posteriormente los profesores referidos incorporan en su análisis la consideración del hombre prudente capaz de prevenir un evento como criterio de determinación de la imprevisibilidad del mismo¹⁹³. Por su parte, respecto de la responsabilidad delictual los autores mencionados reconocen que en un comienzo –al igual que respecto de la irresistibilidad– la apreciación de la imprevisibilidad debía ser determinada de

¹⁸⁷ Ph. Malaury, L.Aynes, Ph. Stoffel Munck., op. cit. n° 954.

¹⁸⁸ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit. n° 582.

¹⁸⁹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit. n° 798.

¹⁹⁰ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit. loc. cit. “*después de haber adoptado, pareciera, una actitud muy estricta respecto del guardián, reteniendo una apreciación objetiva, incluso física, de la irresistibilidad, la jurisprudencia ha considerado primeramente ciertas circunstancias*”.

¹⁹¹ Ph. Le Tourneau, op. cit. n° 1805.

¹⁹² F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit. n° 582.

¹⁹³ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit. loc. cit.-

manera absoluta para poder exonerar al agente, pero *“posteriormente pareció haber una atenuación de rigor, completando la noción de imprevisibilidad por la de normalidad”* estableciendo en consecuencia que *“se ha deducido que, para ser dotado de la dimensión exoneratoria, es suficiente que el evento sea normalmente imprevisible”*¹⁹⁴.

85.- Sin perjuicio de lo anterior, **una opinión diferente en esta materia** parecen defender los citados G. Viney y P. Jourdain, quienes indican respecto de la apreciación *in concreto* de la fuerza mayor que ésta *“no conduce necesariamente a la indulgencia porque conviene no confundir el método de apreciación y el rigor practicado en la apreciación”*¹⁹⁵. De estas expresiones, el consejero B. Petit considera que los profesores antes citados solamente *“parecen confundir la apreciación in concreto tomando en consideración las circunstancias concretas del hecho dañoso”*¹⁹⁶, puesto que más adelante afirman: *“la imprevisibilidad debe apreciarse en referencia a una previsibilidad razonable y en abstracto”*¹⁹⁷. Sin embargo, estimamos que para G. Viney y para P. Jourdain la apreciación de la irresistibilidad debería ser apreciada *in concreto*, puesto que los mismos autores un poco antes sostienen: *“... así como los medios de los que disponía el demandado para resistir al evento (medios materiales, recursos, aptitudes físicas, ayudas exteriores, etc.) es decir, finalmente de forma muy circunstanciada y concreta”*¹⁹⁸ y en el punto siguiente finalizan exponiendo –que a diferencia de la imprevisibilidad que debe ser apreciada *in abstracto*– *“la irresistibilidad es y siempre ha sido, en su conjunto, apreciada estrictamente”*¹⁹⁹.

86.- En este apartado, es interesante también pronunciarnos **por el incontestable carácter relativo** que presentan los caracteres de la fuerza mayor. El razonamiento lógico obliga a no considerar la existencia de un evento absolutamente imprevisible que absolutamente, a su turno, sea irresistible para el deudor o para el guardián, ya que de aplicar esta forma de razonar sería prácticamente ilusoria la exoneración. Luego, la realidad obliga, a considerar a los componentes de la fuerza mayor como elementos de un escenario relativo. **Dicho escenario inspira a incorporar en el análisis caracteres de lugar, tiempo, medios de los que disponía el sujeto para hacer frente al evento.** Lo indicado, respecto de cada una de las causas extrañas susceptibles de presentar los caracteres de la fuerza mayor –caso fortuito, hecho de un tercero, culpa de la víctima–, lo que motiva a establecer que su determinación

¹⁹⁴ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit. n° 798.

¹⁹⁵ G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 399.

¹⁹⁶ Rapport de Conseiller Rapporteur B. Petit a propósito des arrêts de l'Assemblée plénière de 14 avril 2009.

¹⁹⁷ G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 399, par B. Petit.

¹⁹⁸ G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 398.

¹⁹⁹ G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 399.

es de carácter *circunstancial*, tal como lo expone J.-C. Saint Pau²⁰⁰. En síntesis, no debemos estimar que un evento sea teóricamente posible para que sea automáticamente previsible²⁰¹. En esta línea la jurisprudencia admite considerar aspectos externos (como el tiempo o el lugar)²⁰², para retener la fuerza mayor, así como circunstancias propias del agente²⁰³, con el mismo fin. En este orden de ideas, se ha establecido que la sola declaración de catástrofe natural, relativa a un determinado evento de la naturaleza, no habilita de manera inmediata para considerar que el respectivo caso fortuito presente los caracteres de la fuerza mayor²⁰⁴. Así las cosas, la apreciación de las circunstancias fácticas que engloban la situación, son indispensables en la consideración de la causal de exoneración en comento.

87.- Sin perjuicio de lo indicado, hacemos presente que este **carácter relativo de la fuerza mayor no ha estado exento de críticas**. De lo expuesto por los profesores G. Viney y P. Jourdain, se desprende que en atención al desarrollo de la institución del seguro, de la dificultad experimentada por cada tribunal al momento de determinar si un evento presenta o no los caracteres de imprevisibilidad y de irresistibilidad, y a la posible falta de prueba del sujeto que ha invocado la fuerza mayor, resulta comprensible la determinación de un listado de causas extrañas que mediante parámetros objetivos y de difícil discusión provoquen el efecto de hacer pesar sobre el asegurador la responsabilidad del agente²⁰⁵. Pareciera aplicable siguiendo la sugerencia antes indicada, el reconocimiento de una corriente jurisprudencial que acepta la **existencia implícita de un riesgo o de una previsibilidad genérica** no exonerable por la fuerza

²⁰⁰ J.-C. Saint-Pau, op. cit. n°s 10 et 16.

²⁰¹ En este sentido, A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF 1992, n° 109.

²⁰² Por ejemplo, "en el curso de un espectáculo de sonido y de luces organizado por una asociación, dos caballos, espantados por el lanzamiento simultáneo de fuegos de artificio, de una alarma de automóvil, y de una sirena de bomberos, huyeron al galope por una ruta, impactando un vehículo; después de haber enunciado, en derecho, que la imprevisibilidad del evento invocado como causa exoneratoria de la presunción de responsabilidad es exigida a título de elemento constitutivo de la fuerza mayor; la sentencia atacada retiene que el espectáculo se desarrollaba en una aglomeración muy frecuentada, en período estival, y que las intervenciones de los servicios de socorro, acompañados o no de señales sonoras y eventualmente visibles, eran frecuentes, así como la activación intempestivo de alarmas sonoras y visuales de vehículos, la Corte de Apelaciones desprendió que las circunstancias no habían sido imprevisibles para la asociación, y decidió, en justo derecho, que ella no podía defenderse argumentando la fuerza mayor, Cas. 2ª civ., 13.07.2000: Bull. civ. II, n° 126; a propósito de la caída de una persona en una fosa de lavado (ya citada): "cayó en una fosa de lavado que aun cuando los locales estaban abiertos y eran accesibles desde la vía pública, ella no podía ignorar que ingresar de noche en locales de una empresa de transporte constituía en sí una culpa y la exponía a riesgos, en atención a su falta de conocimiento de los lugares y de la falta de luminosidad", 22.05.2003 : Bull. civ. II, n° 154.

²⁰³ A propósito de un desplazamiento de tierras: "los propietarios conocen la peligrosidad del sitio, en virtud de un peritaje respecto del cual tenían conocimiento a la época de la adquisición de la propiedad, revelador de la inestabilidad de los suelos", Cas. 2ª civ., 12.12.2002, Bull. civ. II, n° 287.

²⁰⁴ En este sentido: Una nevazón que provoca un desplazamiento de terreno, "la Corte de Apelaciones no podía extraer de la simple constatación administrativa de catástrofe natural, conferida a un evento, la consecuencia necesaria que este evento presentaba, en los vínculos contractuales entre las partes, el carácter de fuerza mayor", Cas. civ. 3ª, 24.03.1993, Bull. civil III, n° 46.

²⁰⁵ G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 398.

mayor. De aquí que la indicada línea jurisprudencial se oponga al relativismo de la causal de exoneración, catalogando de previsibles determinados hechos, aniquilando en definitiva la fuerza mayor en algunos dominios²⁰⁶.

88.- Estimamos que el juicio sobre la **apreciación circunstancial** al que hemos hecho referencia **no se contrapone a una apreciación in abstracto** de los componentes de la fuerza mayor, relegando en este punto la opinión de los célebres profesores G. Viney y P. Jourdain a una opinión minoritaria en lo referente a la irresistibilidad. Para mayor claridad en esta materia, consideramos importante el estudio de N. Dejean de la Bâtie²⁰⁷, el cual luego de plantearse el problema relativo a si la imposibilidad de la fuerza mayor –sea imposibilidad de prever (imprevisibilidad) sea imposibilidad de resistir (irresistibilidad)– debe apreciarse *en concreto* o *en abstracto*, opta por este último método, con ciertas observaciones. En el análisis del indicado profesor, se comenta la referencia a una cierta jurisprudencia que consagra el modelo abstracto de apreciación de ambos caracteres²⁰⁸, **considerando además temerario afirmar en forma absoluta que jamás deben ser apreciadas por el juez ciertas circunstancias personales del agente a la hora de calificar la insuperabilidad del evento**. En efecto, se entiende que nada impide que el juez tome en cuenta particularidades individuales del agente **siempre que estas sean compatibles con el tipo general del hombre recto y prudente**. De esta manera, el principio de la apreciación *in abstracto* se impone. Prueba de ello es lo manifestado por Dejean de la Bâtie, que refiriéndose a la eventualidad de que el agente sea un sujeto menos capacitado *“debe esforzarse, tanto como pueda razonablemente, de igualar la oportunidad de su conducta a la del comportamiento de un hombre normal”*²⁰⁹. En fin, el modelo de apreciación de los caracteres de la fuerza mayor para el citado autor pueden ser sintetizados según sus siguientes reflexiones: *“cualquiera sea el género de las obligaciones consideradas, nunca la apreciación se verifica de manera verdaderamente concreta*.

²⁰⁶ En este sentido, reiterando jurisprudencia sobre la culpa de la víctima que no permite liberar totalmente al guardián: a propósito de la caída de la víctima en una fosa de lavado, Cas. 2ª civ., 22.05.2003; Bull. civ. II, n° 154; a propósito del atropello de una persona, 23.01.2003, Bull. civ. II n° 18; a propósito de la mujer que persiste en descender de un tren en marcha, a pesar de los recordatorios escritos relativos a la prohibición, 27.02.2003, Bull. civ. II, n° 45; e incluso, aun cuando el estado de impregnación alcohólica explicaba el comportamiento anormal de la víctima impactada por un tren, 15.12.2005: Bull. civ. II, n° 336.

²⁰⁷ N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit civil Français*, Tesis para el doctorado en Derecho, Paris France, LGDJ, 1963, n°s 88 et s.

²⁰⁸ N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit civil Français*, op.cit., n° 103. Con respecto a la imprevisibilidad: “escapa a todas las previsiones humanas” Cas. civ. 21.01.1918, D.P. 1918.1.9; “conductor prudente” Cas. civ. 10.01.1939, S 1939.1.86; “chofer prudente” Cass. civ. 1ª sec., 23.05.1955, D.1955.504; con respecto a la insuperabilidad: algunas sentencias rechazan la fuerza mayor porque algunas personas “han sabido, en la misma coyuntura, dar prueba de previsión (Cass. civ. sect. comm. 29.10.1952, D. 1953.53), de una iniciativa (Cass. civ. 1re sect., 13.10.1954, JCP 1954.IV.153), superiores a las del sujeto en causa.

²⁰⁹ N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit civil Français*, op. cit. n° 107.

*En efecto, que el tipo de referencia sea o no concebido como plenamente normal y "estándar", es, en todos los casos, conforme al modelo general del hombre recto y prudente. Es en este sentido en el que podemos decir, en toda hipótesis, que la fuerza mayor se aprecia en abstracto"*²¹⁰.

89.- Por otra parte, **desde una perspectiva jurisprudencial**, la total uniformidad doctrinaria de la apreciación *in abstracto* de los caracteres de la fuerza mayor defendida por la doctrina no parece revestir el mismo consenso en materia delictual. La falta de acuerdo es centrada en la situación jurídica del evento que, calificado como "*normalmente imprevisible*", constituye además una imposibilidad para el agente de evitar el daño, liberándolo de su obligación. Dicho criterio fue retenido a partir de una sentencia del año 1955²¹¹ en el capítulo respectivo a la culpa de la víctima, consagrando una suerte de humanización de la responsabilidad del guardián de una cosa inmóvil, sobre el que pesa una responsabilidad de pleno derecho. Este razonamiento se extendió hasta la sentencia *Desmares*²¹², en la cual se abandonó la expresión y además la posibilidad de exoneración parcial del guardián por la culpa de la víctima. Sin embargo, hasta acá no estaba todo dicho, pues en el año 1987²¹³ se observó un vuelco jurisprudencial que restableció la exoneración parcial del guardián por la culpa de la víctima. Ello motivó a la doctrina a plantearse si también era ocasión de considerar un regreso a la apreciación según los términos de un evento "*normalmente imprevisible*", aun cuando las referidas sentencias no lo consagraban textualmente. Se desprende de las reflexiones de una parte de la doctrina que tal como expresamente la Corte de Casación reconoció la posibilidad de exoneración parcial del guardián por la culpa de la víctima, sería lógico pensar que la Corte también había considerado retomar la aplicación del término *normalmente* en el carácter de una condición más humana de la fuerza mayor²¹⁴. En contra, otros autores niegan completamente que el vuelco jurisprudencial del año 1987 signifique un regreso a la determinación del evento "*normalmente imprevisible*" en el dominio de la responsabilidad delictual. Lo anterior, pues dicha terminología no presenta un real interés sobre la apreciación de la fuerza mayor, ya que la previsibilidad del evento debe siempre ser apreciada en referencia a una previsibilidad razonable *in abstracto*. Además sostienen que la comprensión de la fuerza mayor es la misma para las dos ramas de la responsabilidad civil y la incorporación de la expresión "*normalmente*" en materia delictual no es capaz de alterar la unidad fundamental de la noción de

²¹⁰ N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit civil Français*, op. cit. n° 106.

²¹¹ Cas. civ. 2ª, 09.11.1955, Bull. civ. II, n° 306. En los hechos se liberó parcialmente al guardián en los términos del art. 1384 inc. 1, en atención a la culpa de la víctima.

²¹² Cas. civ. 2ª, 21.07.1982, Gaz. Pal. 1982.2.391. Se condena al guardián sin posibilidades de recurso a la reducción de su responsabilidad, vía fuerza mayor, aun mediando prueba de la culpa de la víctima, en materia de accidente de circulación.

²¹³ Cas. Civ. 2ª, 06.04.1987, Bull. civ. II., n° 86 (tres sentencias).

²¹⁴ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, op. cit., n° 272.

fuerza mayor²¹⁵. Finalmente, otra parte de los autores reconoce la incorporación definitiva del término “*normalmente imprevisible*” al estudio de exoneración del guardián. En este sentido, se desprende de esta postura doctrinaria que es de buen derecho comprender que luego del referido vuelco jurisprudencial de 1987 se considere un regreso a la consideración del evento “*normalmente imprevisible*”. Estimar lo contrario **implicaría desconocer una apreciación relativa de los caracteres de la fuerza mayor y dificultaría la comparación a la previsión y superabilidad del fenómeno respecto del buen padre de familia o del hombre prudente**. Además, es evidente –para esta corriente doctrinaria– que el criterio seguido por los tribunales es el de la normalidad²¹⁶. Parecen no estar lejos de la buena interpretación los autores referidos en esta última postura, fundamentalmente en el reconocimiento de jurisprudencia en este sentido²¹⁷.

Conclusión

90.- A lo largo de este trabajo hemos justificado el dinamismo que envuelve a la noción de fuerza mayor. Su naturaleza de fenómeno liberatorio del compromiso de responsabilidad del deudor o del agente obliga a intentar determinar su ubicación en el espacio jurídico. De aquí que nos lanzáramos en la tarea de distinguir la figura del denominado caso fortuito, concluyendo que para nosotros no corresponden a instituciones semejantes. La distinción defendida nos obligó a considerar el estudio de la causa extraña en este dominio. Ésta, gobernada por la exterioridad que la caracteriza en esencia e impregnada por la imposibilidad refleja del carácter irresistible e imprevisible de la fuerza mayor, conduce inexorablemente a la desvinculación causal entre el incumplimiento del deudor o la conducta del agente y el suceso dañoso. El caso fortuito, a su turno, obedeciendo a una especie de causa extraña (en conjunto con el hecho de la víctima y el hecho de un tercero), no siendo capaz en sí mismo de exonerar al requerido en justicia, necesita de la fuerza mayor para alcanzar dicho efecto. Luego, la fuerza mayor podemos entenderla como una noción que atribuye el poder totalmente exoneratorio a la causa extraña y en consecuencia libera al

²¹⁵ G. Viney et P. Jourdain, op. cit., n° 399.

²¹⁶ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations, 1, Responsabilité délictuelle*, Litec, 5ème éd. 1996, n° 603.

²¹⁷ A propósito de un hombre que fue mortalmente herido en la estación de trenes por una máquina que atravesaba la vía férrea sobre el paso destinado al efecto. La sentencia impugnada retiene que ninguna culpa es demostrada respecto de la víctima que se dirigía hacia la salida por el paso previsto, Cas. civ. 2ª, 21.12.2006, n° 05-20.653; con respecto al acto de un tercero no identificado que abrió la puerta del tren y de aquel que impulsó a la víctima hacia el exterior del tren (la Corte considera que el acto indicado no es “*normalmente imprevisible*” por la SNCF) Cas. civ. 2e, 15.03.2001, Bull. civ., II, N° 56; en materia de un accidente en un local comercial: la víctima “*circulaba normalmente cuando cayó*” Cas. civ. 02.12.1998, Bull. civ., II, N° 292; en cuanto a un accidente en una estación de trenes, la Corte consideró que el comportamiento de la víctima (conversaba con un amigo de espalda a la vía férrea), no es “*normalmente imprevisible*”, Cas. civ. 2506.1998.

demandado. Por otro lado, a la fuerza mayor la hemos reconocido también, como una especie de causa extraña desde la órbita de la exoneración. Lo anterior, en atención a la distinción entre causa extraña totalmente exoneratoria –en donde la vinculamos a la fuerza mayor– y parcialmente exoneratoria.

91.- Otro de los puntos desarrollados en esta colaboración obedeció al rol de la irresistibilidad y de la imprevisibilidad, en tanto elementos estructurales de la fuerza mayor. En cuanto a la irresistibilidad, nadie duda sobre la insustituibilidad del elemento; mientras que respecto de la imprevisibilidad, parte de la doctrina, no sin poca jurisprudencia en apoyo, defendió fuertemente que ésta ocuparía más bien un lugar secundario a título de indicio del primero de los factores nombrados. Hoy ambos caracteres se elevan jurisprudencialmente como elementos irremplazables de la noción. Lo mencionado, a partir de una corriente jurisprudencial uniforme que tiene lugar en Francia desde las conocidas sentencias de la Asamblea Plenaria del 04 de abril de 2006. Dicha afirmación es también establecida implícitamente por diversos proyectos de reforma como por cuerpos legales vigentes. A su turno, hicimos presente que en el escenario de la imprevisibilidad, una importante particularidad es reconocible en materia contractual. Pues el carácter del contrato como un acto de previsión nos permite considerar al factor en referencia como mecanismo de determinación de los eventos que probablemente pueden afectar la correcta ejecución contractual, desde la perspectiva de la causalidad.

92.- Hemos defendido también el innegable vínculo existente entre la irresistibilidad y la imprevisibilidad, por una parte; y la insuperabilidad, la inevitabilidad y la imposibilidad del evento, por otra. Traducimos dicha relación, en la aplicación que realiza el juez de estas últimas nociones a la hora de calificar los componentes clásicos de la fuerza mayor, desestimando la retención de una moderna trilogía de caracteres de la causal exoneratoria en estudio.

93.- Objeto de nuestro trabajo, asimismo, fue el referente a la apreciación de los caracteres de la fuerza mayor. En cuanto al momento, la jurisprudencia es clara al establecer la oportunidad de apreciación. Pues en materia delictual, la imprevisibilidad y la irresistibilidad deben ser apreciadas a la época del acaecimiento del fenómeno; mientras que en materia contractual, la imprevisibilidad (de acuerdo al respeto de las previsiones contractuales) debe ser establecida a la época de la celebración del contrato, distinguiéndose de la irresistibilidad, la cual debe medirse a la época de la verificación del evento. Sin perjuicio de lo anterior, parte de la doctrina cuestiona el rol de la imprevisibilidad en el dominio de los contratos de ejecución sucesiva. En efecto, hemos sostenido que el deudor, en respeto por su contratante, debe hacer todo lo posible por ejecutar correctamente el contrato, aun cuando un evento imprevisible a la época de la celebración del vínculo contractual haya devenido previsible en el curso de ejecución del negocio. Por otro lado, el debate fue también centrado

en cuanto al método de apreciación de los caracteres de la fuerza mayor. Luego del análisis de la doctrina y de diversas sentencias, hemos concluido que la *apreciación in abstracto* se impone como método conducente a una correcta convicción, sin que lo anterior lo consideremos contradictorio con una noción circunstancial y relativa de la fuerza mayor.

Bibliografía

Obras, generales, tratados, manuales

- Bénabent, A., *Les obligations*, 12ma ed., Montchrestien, Paris, 2010.
- Beudant, CH., *Cours de droit civil français, Les contrats et les obligations, appendice*, 1ª ed., publicada por R. Beudant Paris, Rousseau, Paris, 1905.
- Brun, PH., *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2da ed., Litec, Paris, 2009.
- Cabrillac, R. *Droit des obligations*, 9na ed., Dalloz, Paris, 2010.
- Carbonnier, J., *Droit civil. Les obligations*, 22ª ed., PUF, Paris, 2000.
- Colin, A., Capitant, H., De la Morandière, J, *Cours élémentaire de droit civil français*, 10 ed. T. II, Dalloz, Paris, 1948-1951.
- Cornu, G. (bajo la dirección de), *Vocabulaire juridique*, 8va ed., PUF, Paris, 2007.
- Dejean de la Bâtie, N., *Responsabilité Délictuelle*, Litec, Paris, 1989.
- Demogue, R., *Traité des obligations en général*, T. VI, A. Rousseau, Paris, 1931.
- Exner, A., *La notion de la force majeure, Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*, Larose & Forcel editores, París, 1892.
- Fabre-Magnan, M., *Droit des obligations*, 2ª ed., Thémis droit Puf, Paris, 2010.
- Flour, J., Aubert, J.-L., Savaux, E., *Les obligations*, T. II, Le fait juridique, 13e éd., Sirey : Dalloz, Paris, 2009.
- Josserand, L., *Traité général théorique et pratique de Droit Commercial. Les Transports*, A. Rousseau, editores, Paris, 1910.
- Lalou, H. y Azard, P., *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6ª ed., Dalloz, Paris, 1962.
- Larroumet, CH., *Les obligations - La responsabilité civile extracontractuelle*, T. V, 1ª ed., Económica, Paris, 2007.
- Larroumet, CH., *Les obligations - Le contrat*, T. III, 6ª ed., Económica, Paris, 2007.
- Légier, G., *Les obligations*, 19 ed., Mémentos Dalloz - Série droit privé, Paris, 2008.

Lepointe, G., Monier R., *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Libr. du Recueil Sirey, Paris, 1954.

LE TOURNEAU PH., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 8va ed., Dalloz, Paris, 2010.

Malaurie, PH., Aynes, L., Stoffel-Munck, PH., *Les obligations*, 4ª ed., Defrénois-Lextenso, Paris, 2010.

Malinvaud, PH., *Droit des obligations*, 8va ed., Litec, Paris, 2003.

Marty, G., Reynaud, P., Jestaz, PH., *Les Obligations*, 2da ed., Sirey, Paris, 1988-1989.

Mazeaud, H., L., J., Chabas, F., *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, 9na ed., Montchrestien, Paris, 1998.

MAZEAUD H., L., TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuel et contractuel*, T. I., 5ta ed. Montchrétien, Paris, 1957-1960.

Mazeaud H., L., J., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle*, T. II, 6ta ed., Montchrétien, Paris, 1970.

Planiol, M., Ripert, G., Esmein P., *Traité pratique de droit civil français, Obligations*, T. VI, 2e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1952.

Ripert, G., Boulanger J., *Traite de Droit civil*, T. II, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1957.

Sériaux, A. *Droit des obligations*, PUF 1992, n° 109.

Terré, F., Simler, PH., Lequette, Y., *Les obligations*, 10ma ed., Dalloz, Paris, 2009.

Viney, G., Jourdain, P., *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 3ra ed., LGDG, Paris, 2006.

Monografías, tesis de doctorado e informes

Antonmattei, P.-H., *Contribution à l'étude de la force majeure*, Tesis, Montpellier, 1992.

Brantt Zumarán, María Graciela, *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual : concepto y función del caso fortuito en el Código Civil chileno*, Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2010.

Dejean de la Bâtie, N., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit civil Français*, Tesis, París, 1963.

Lemarié, A., *La force majeure en droit du contrat de transport maritime de marchandises*, Memoria, Facultad de Derecho y de Ciencia Política de Aix-Marseille, 2007.

Petit, B., *Informe del Consejero de la Corte de Casación, a propósito de las sentencias de la Asamblea Plenaria de 14.04.2006*.

Radouant, J., *Du cas fortuit et de la force majeure*, Tesis, París, 1920.

Triantafyllos S., *L'exonération du transporteur routier de marchandises de sa responsabilité dans le droit français*, Facultad de Derecho y de Ciencia Política de Aix-Marseille, 2007.

Artículos, crónicas, repertorios, conferencias

Antonmattei, P.-H., *Ouragan sur la force majeure*, JCP G 1996.I.907.

Aubert, J.-L., *Chroniques de jurisprudence civile*, 1971, Defrénois, 1972, n° 39.79.

Brantt Zumarán, María Graciela, *La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato*, *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. (Valparaíso, Chile). XXXIII (2° Semestre 2009), p. 39-102.

Chabas, F., Gréau, F., *Rep. civ. Dalloz, Force Majeure*, 2007.

Cornu, G., *Par rapport à l'exigence de l'imprévisibilité dans les contrats de longue durée*, RTD civ.1981.171.

Dagorne-Labee, Y., *L'imprévisibilité de l'évènement est constitutive de la force majeure*, Defrénois, 30/04/2009 n°8.824.

Hocquet-Berg, S., *Gardien cherche force majeure... Désespérément...*, RCA, 2003, chron. 12. Jourdain, P., J.- Cl. Resp. Civ. et ass., fasc. 160 n° 107.

Mazeaud, D., *Conferencia en Escuela Doctoral de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Grenoble: "Les grandes mutations du droit des obligations"*. Grenoble, 05.05.2011.

Moury, J., *Force majeure: éloge de la sobriété*, RTD civ. 2004.471.

Noguéro, D., *La maladie du débiteur cas de force majeure*, D. 2006, chron. 1566.

Pizarro, C. *La fuerza mayor como defensa del deudor. A propósito de la restricción de suministro de gas a Chile*, G.J., n° 288,7-11.

Saint-Pau, J.-C., *J.-Classeur Civil*, article 1146 à 1155, n° 22.

Cuerpos legislativos y proyectos de reforma

Código Civil francés.

Código Civil chileno.

Convención de mercaderías en ruta (CMR), Ginebra, 19.05.1956.

Convención sobre contratos de venta internacional de mercaderías (Convención de Viena) de 11.04.1980.

Reglas Uniformes relativas al Contrato de Transporte Internacional Ferroviario de Mercaderías, (CIM), de 09.05.1980.

Principios UNIDROIT, relativo al contrato de comercio internacional.

Principios de Derecho europeos de contratos (Comisión Lando).

Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil (European Group on Tort Law).

Anteproyecto de Reforma del Derecho de las Obligaciones y de la Prescripción (Anteproyecto Catalá).

Proyecto de reforma del Derecho de las Obligaciones (proyecto de la Cancillería).

Proyecto de Reforma del Derecho de Contratos de la Academia de Ciencias Morales y Políticas.