

Contrato plurilateral, *Joint Venture*, contratos enlazados y cláusula de fuerza mayor: Breves notas sobre varias problemáticas del Derecho Contractual en homenaje a un gran jurista

Sheraldine PINTO OLIVEROS*
RVLJ, N.º 13, 2020, pp. 701-727.

SUMARIO

Introducción 1. El contrato plurilateral 2. *Joint Venture* y contratos enlazados 3. La cláusula de fuerza mayor

Introducción

Escribir un ensayo en homenaje al Dr. James Otis RODNER SMITH no es solo un honor sino también un placer, debido a la gran estima personal e intelectual que nutro por este gran jurista venezolano. El aporte del Dr. RODNER al Derecho y, en particular, al Derecho venezolano es inconmensurable; especialmente, en razón de la variedad, complejidad y actualidad de los temas que ha enfrentado en su actividad académica y profesional, así como por la profundidad y exhaustividad de sus obras.

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, mención *Cum Laude*. **Università degli Studi di Roma I «La Sapienza»**, Especialista en Derecho del Consumidor y en Responsabilidad Civil. **Università degli Studi di Roma II «Tor Vergata»**, Magíster en Derecho Privado. **Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna**, Doctora en Derecho Privado, mención *Summa Cum Laude*. **Universidad Central de Venezuela**, Profesora de Derecho Civil III (Obligaciones).

En sus obras, el Dr. RODNER ha estudiado una multiplicidad de temas tan amplia, concediendo particular atención a diversas problemáticas del Derecho privado y del Derecho de las Obligaciones, que la mayor dificultad en la predisposición del presente artículo fue la selección de un solo tema. Por ello, se enfrentan diversas problemáticas del Derecho Contractual relacionadas entre sí.

En este sentido, el presente ensayo estudia el contrato plurilateral o, lo que es lo mismo, aquel con más de dos partes a los fines de diferenciarlo del contrato bilateral con parte(s) subjetivamente compleja(s) y para evidenciar que las reglas del Derecho Contractual, diseñadas sobre el prototipo del contrato bilateral, deban ser adaptadas al esquema del contrato plurilateral cuando el contrato tenga más de dos partes. Sucesivamente, se enfrentará la empresa conjunta o *Joint Venture*, en virtud de que su contrato base es frecuentemente un contrato plurilateral. Por lo tanto, se estudiarán los aspectos contractuales del *Joint Venture* y, en particular, el enlace contractual de su contrato base con el contrato que determina que las empresas se asocien en la empresa conjunta; así como con la multiplicidad de contratos que el contrato base requiere.

De esta manera, se habrán analizado diversos temas a los que el Dr. RODNER ha prestado especial atención, para concluir con uno cuyo estudio me fuera inspirado —en una de las conversaciones sobre argumentos jurídicos que el privilegio de su amistad me concede— precisamente por el Dr. RODNER, es decir, la cláusula de fuerza mayor; la cual, usualmente, se encuentra prevista en los contratos de producción, distribución o comercialización de bienes o servicios, e incluso en los contratos de cooperación como la empresa conjunta.

1. El contrato plurilateral

De conformidad con el artículo 1133 del Código Civil, «el contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico».

Prescindiendo del análisis de dicho concepto, el contrato requiere al menos dos partes; pero puede tener más de dos partes, aunque el paradigma sobre

el cual fueron diseñadas las normas del Derecho Contractual en la mayoría de los ordenamientos jurídicos sea el del contrato entre dos partes o, en otros términos, del contrato bilateral.

A pesar de que, conforme al artículo 1134 del Código Civil, el contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga y bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente, los términos «unilateral» y «bilateral» para clasificar el contrato, según el surgimiento de obligaciones a cargo de una, ambas o todas las partes, han sido ampliamente criticados en el Derecho comparado. En este sentido, sería más preciso emplear la expresión «contrato sinalagmático» o «contrato con prestaciones recíprocas»¹ para referirse al contrato que crea obligaciones para ambas o todas las partes; y, «contrato con prestación a cargo de una sola de las partes» respecto al contrato que crea obligaciones para una sola de las partes.

En cambio, el término «bilateral» puede emplearse correctamente cuando el criterio clasificatorio del contrato sea el número de partes. De hecho, según este último criterio, el contrato puede ser bilateral o plurilateral. El contrato bilateral es aquel entre dos partes; mientras que el contrato plurilateral es aquel con más de dos partes.

En el contrato bilateral, cada una de las partes es portadora de un interés, y los intereses de las partes son diversos y opuestos. De allí que el prototipo de contrato por excelencia sea el contrato bilateral, y que las normas del Derecho Contractual reflejen la dualidad² –de partes y de intereses– que lo caracteriza. En el contrato plurilateral, las partes también son portadoras de intereses diversos y opuestos; pero, generalmente, estos intereses confluyen

¹ Algunos autores emplean la expresión «contrato con prestaciones a cargo de ambas partes». Sin embargo, esta podría ser insuficiente; dado que, en principio, excluye el contrato plurilateral con prestaciones para todas las partes.

² En este sentido, es suficiente analizar las reglas de formación (oferta-aceptación) y de validez del contrato, así como la mayoría de los mecanismos de tutela o remedios frente al incumplimiento para constatar que el modelo sobre el cual dichas normas fueron previstas fue el del contrato bilateral.

en la consecución de un fin común³, entendido como unidad del resultado jurídico o de la ventaja –común– que deriva de las prestaciones de cada una de las partes⁴.

Para algunos autores, el contrato podría ser plurilateral incluso cuando no existe un fin común⁵. De allí que lo subclasifiquen en: a. contrato plurilateral con fin común, como el contrato de sociedad⁶ y, en general, los contratos de asociación de personas o asociativos⁷, y b. contrato plurilateral sin fin común; en el cual, por ejemplo, se podrían incluir los acuerdos de partición y la cesión de contrato⁸ en aquellos ordenamientos que la conciben como un contrato entre tres partes, es decir, cedente, cesionario y contratante cedido. En la práctica, sin embargo, las partes del contrato plurilateral frecuentemente persiguen un fin común⁹.

Por ello, recordando que el concepto de contrato plurilateral nació en el *Codice civile* de 1942, RODNER señala que «el Código italiano define –en sentido

³ Sin embargo, si solo hay dos partes, el contrato es bilateral, aunque los intereses de las partes confluyan en un fin común.

⁴ Cfr. GAZZONI, Francesco: *Manuale di Diritto Privato*. Edizioni Scientifiche Italiane. Nápoles, 2017, p. 858.

⁵ Ídem.

⁶ RODNER S., James Otis: *La transferencia del contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2014, pp. 122 y 123, afirma que «los convenios plurilaterales por excelencia son los contratos de sociedad, donde convergen multiplicidad de voluntades para la obtención de un fin común».

⁷ Cfr. *Diritto Privato*. Parte Prima. UTET. Turín, 2005, p. 206.

⁸ Al señalar que «una forma alternativa de conceptualizar la cesión del contrato es verlo como un contrato trilateral similar al contrato bilateral, pero donde en lugar de existir dos partes existen tres partes (cedente, cesionario y contratante cedido)», RODNER S.: ob. cit. (*La transferencia del contrato*), p. 123, implícitamente diferencia este contrato plurilateral donde los intereses de las partes no convergen en un fin común –como en el contrato bilateral– del contrato plurilateral con fin común.

⁹ Para ROPPO, Enzo: «*Contratto*». En: *Digesto delle Discipline privatistiche, sezione civile*. UTET. Turín, 1989, versión digital, «*la pluralità di parti è elemento necessario ma non sufficiente, richiedendosi l'ulteriore elemento della comunanza di scopo*» (trad. libre: la pluralidad de partes es elemento necesario, pero no suficiente, requiriéndose el elemento adicional del fin común).

restringido— como contratos plurilaterales aquellos con más de dos partes, en los cuales las prestaciones de cada uno están dirigidas directamente a conseguir la obtención de un fin común y donde la nulidad que afecta el vínculo de una de las partes no comporta la nulidad del contrato (CC it., artículo 1420)». Asimismo, subraya que, «según la casación italiana, lo que caracteriza el contrato plurilateral no es la existencia de más de dos partes, sino el hecho que las prestaciones de cada parte van dirigidas a la obtención de un fin común»¹⁰.

En efecto, el fin común de las partes caracteriza la mayoría de los contratos plurilaterales; y, además, es el elemento que permite distinguir el contrato plurilateral del contrato bilateral con parte(s) subjetivamente compleja(s).

Para entender el contrato bilateral con parte(s) subjetivamente compleja(s), es necesario tomar en cuenta que, en algunos ordenamientos, como el italiano, las partes del contrato pueden estar compuestas por más de una persona; debido a que, diversamente del artículo 1133 de nuestro Código Civil, el artículo 1321 del *Codice civile* italiano define el contrato como el acuerdo de dos o más «partes»¹¹, y no de dos o más «personas». De allí que, en dicho ordenamiento, el concepto de parte no solo atienda a las personas que celebran el contrato, y en quienes se producen sus efectos, sino también a los intereses de esas personas.

De hecho, la doctrina italiana, mayoritariamente, concibe la noción de parte del contrato como centro autónomo de intereses¹². En consecuencia, las personas cuyos intereses son homogéneos y que, en la dinámica contractual, proceden

¹⁰ RODNER S.: ob. cit. (*La transferencia del contrato*), p. 122.

¹¹ Entre los elementos esenciales del contrato, el numeral 1º del artículo 1325 del Código Civil italiano también señala el acuerdo de las «partes». Entre las codificaciones más recientes, el artículo 957 de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina también emplea partes y no personas en la definición del contrato.

¹² En este sentido, reconocida doctrina italiana ha afirmado que «*Parte del contratto è un autonomo centro de interessi. Tale nozione si collega con quella di soggetto, ma non si identifica con essa*» (trad. libre: Parte del contrato es un centro autónomo de intereses. Dicha noción se relaciona con la de sujeto, pero no se identifica con esta), *cf.* ob. cit. (*Diritto Privato*), p. 218.

en la misma dirección se consideran componentes de una parte contractual¹³. Por ejemplo: dos personas reciben un préstamo de dinero de otra persona y se obligan solidariamente a restituírselo con el pago de ciertos intereses. A pesar de que el contrato es celebrado por tres personas, tiene dos partes: de un lado, el mutuante, cuyo interés es que el dinero le sea restituido con los intereses pactados; y, del otro lado, el mutuario –parte compuesta por las dos personas que se obligaron solidariamente¹⁴ a restituir el préstamo–, cuyo interés es recibir el préstamo de dinero. Asimismo, existen dos intereses opuestos que no convergen en un fin común¹⁵. Por lo tanto, según el número de partes, el contrato es bilateral y, más específicamente, es un contrato bilateral con una parte subjetivamente compleja, es decir, con más de una persona.

Otro ejemplo similar es la venta a un único comprador de un bien por parte de sus tres copropietarios. En este caso, el contrato tiene dos partes: el comprador, cuyo interés es adquirir la propiedad del bien y que este último le sea entregado, y el vendedor, parte compuesta por los tres copropietarios, cuyo interés es recibir el precio de la venta. En consecuencia, el contrato es bilateral con una parte subjetivamente compleja.

Dado que, en Venezuela, las partes del contrato son las personas –naturales o jurídicas– que lo hayan celebrado y, más específicamente, que hayan manifestado personalmente o por medio de representante su voluntad de contratar, y en quienes se produzcan los efectos del contrato; frente a una pluralidad de contratantes, la multiplicidad de intereses –es decir, más de dos– y, en particular, el fin común permitiría reconocer cuándo se está en presencia de un contrato bilateral con parte(s) subjetivamente compleja(s) o de un contrato plurilateral.

¹³ Cfr. SAPONE, Natalino: «*La formazione progressiva del contratto*». En: *Incontro di Studio: «Conclusioni del contratto preliminare e responsabilità precontrattuale*». Consiglio Superiore della Magistratura. Roma, 2009, p. 11, <http://astra.csm.it/incontri/relaz/17026.pdf>.

¹⁴ Si las personas se hubiesen obligado mancomunadamente, el resultado no cambiaría. Igualmente, habría dos partes contractuales; y una de ellas (mutuario) estaría compuestas por dos personas que se obligaron cada una por su cuota parte.

¹⁵ Si en virtud de que son más de dos partes, fuera más de dos intereses que no convergen en un fin común, el contrato sería plurilateral sin fin común.

En el primer caso, las normas del Derecho Contractual son compatibles con el contrato, porque fueron diseñadas teniendo como prototipo al contrato bilateral. En cambio, si el contrato es plurilateral es necesario determinar en qué medida las normas del Derecho Contractual, especialmente aquellas relativas a la formación, a la invalidez –en particular, por vicios del consentimiento– y a los medios de tutela o remedios frente al incumplimiento del contrato, son compatibles con el contrato plurilateral, o cómo la interpretación de dichas normas debe ser adaptada al esquema del contrato plurilateral.

Ciertamente, la regulación jurídica de algunos tipos de contrato plurilateral, como el contrato de sociedad, podría coadyuvar a entender la complejidad del contrato plurilateral y, en particular, su diversidad respecto al contrato bilateral. Sin embargo, las exigencias de cooperación, especialmente entre empresas, y la mayor flexibilidad del Derecho Contractual han impulsado la multiplicación de contratos en los que varias partes se unen para perseguir un fin común sin estar sometidas a las normas del Derecho Societario, o complementándolas.

2. *Joint Venture* y contratos enlazados

Si bien los contratos en los que las partes persiguen un fin común no son privativos de las personas jurídicas, frecuentemente las empresas convienen en cooperar entre ellas para obtener un fin económico común.

De hecho, la mayor complejidad de los procesos de producción, distribución o comercialización, de los bienes o servicios, y de los mercados impone la colaboración entre empresas, especialmente, a los fines de reunir los recursos –humanos, físicos, intangibles, económicos o financieros– o las competencias necesarias para ejecutar ciertas actividades o proyectos, así como para distribuir los costos, riesgos o responsabilidades que esas actividades o proyectos pudieran conllevar¹⁶.

¹⁶ RODNER S., James Otis: «Los convenios de empresa conjunta (*Joint Venture*) y la legislación venezolana». En: *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. N.º 151. Caracas, 1992, p. 22, recuerda que, según la doctrina financiera, el

En este contexto, el contrato se transforma –de tradicional mecanismo de intercambio de bienes o servicios– en instrumento para concretar la cooperación¹⁷ entre las partes y, más específicamente, entre empresas. De esta manera, han proliferado contratos de consorcio, alianza estratégica o comercial¹⁸, de asociación público-privada, unión transitoria de empresas, etc.; o, en general, de *Joint Venture* o «empresa conjunta»¹⁹ entendida, en sentido amplio, como «todo tipo de asociación temporal entre dos o más empresas para los efectos de explotar un fin económico común»²⁰.

En este sentido amplio, la empresa conjunta puede ser de naturaleza contractual o de naturaleza societaria. En el primer caso, «las relaciones y los vínculos entre sus miembros son el resultado exclusivo de una relación contractual»²¹, como en el consorcio²² y del denominado «*Joint Venture*

aprovechamiento de recursos, el aprovechamiento de mercados y la diversificación de riesgos explican el uso de las empresas conjuntas.

¹⁷ La cooperación puede involucrar intercambio de bienes o servicios.

¹⁸ Ambas entendidas, en sentido amplio, como asociación temporal entre empresas privadas, públicas, o empresas públicas y privadas; y no en el sentido estricto que las concibe el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas y el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley que Promueve y Regula las Nuevas Formas Asociativas Conjuntas entre el Estado y la Iniciativa Comunitaria y Privada para el Desarrollo de la Economía Nacional.

¹⁹ RODNER S., James Otis: *Elementos de finanzas internacionales*. Editorial Torino. Caracas, 2008, p. 855, señala que, dentro del concepto amplio de empresa conjunta, se incluyen los «consorcios internacionales, acuerdos de cooperación entre empresas para la explotación de mercados determinados, acuerdos de intercambio, convenios de explotación conjunta, utilización de tecnología y explotaciones conjuntas de empresas, así como la inversión hecha por dos empresas en una nueva empresa que va a ser manejada de manera conjunta.

²⁰ Ídem.

²¹ Cfr. RODNER S.: ob. cit. («Los convenios de empresa...»), p. 14.

²² RODNER S.: ob. cit. (*Elementos de finanzas...*), p. 858, afirma que «el consorcio, denominado en Venezuela contrato de asociación en participación o cuenta en participación, no tiene como efecto la formación de una compañía o empresa nueva autónoma de los socios, sino consiste en el acuerdo en el cual dos personas, normalmente, dos compañías convienen en actuar en forma conjunta para un propósito determinado». Esta característica del consorcio no ha cambiado en el Derecho venezolano ni siquiera frente a los requisitos –algunos de ellos criticables– del consorcio o alianzas previstos en el artículo 87 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas.

contractual», también conocido como *unincorporated Joint Venture*; mientras que, en la empresa conjunta societaria, las relaciones jurídicas entre sus miembros «tienen su raíz en un contrato de sociedad, el cual resulta en la formación de una empresa –o sociedad– nueva, o sea, en un ente jurídico nuevo, normalmente en una sociedad anónima con participación accionaria de los miembros de la empresa conjunta»²³, como en el caso de la *Incorporated Joint Venture* o *Joint Venture Corporation*.

En sentido estricto, la empresa conjunta corresponde a aquella de naturaleza societaria²⁴.

Tanto la empresa conjunta contractual como la societaria se fundamentan en un contrato base –frecuentemente denominado *Joint Venture Agreement*²⁵– que, como señala RODNER, «es el contrato por el cual las partes convienen en formar la empresa conjunta»²⁶, cuyo propósito esencial es definir las bases de las relaciones entre los miembros –si fuera contractual– o socios –si fuera societaria– de la empresa conjunta²⁷. En otras palabras, el contrato base regula principalmente las relaciones internas entre las partes de la empresa conjunta; aunque, especialmente en la empresa conjunta contractual, contiene estipulaciones que inciden en sus relaciones externas, como aquellas relativas a la representación de los miembros de la empresa conjunta por uno de ellos, a veces denominado empresa «líder» o «piloto».

En cambio, las relaciones externas de la empresa conjunta, en buena medida, resultan de los contratos que esta última o, si fuera contractual, sus miembros

²³ RODNER S.: ob. cit. («Los convenios de empresa...»), p. 14.

²⁴ RODNER S.: ob. cit. (*Elementos de finanzas...*), p. 855, señala: «un convenio de empresa conjunta, en sentido estricto, es aquel donde dos o más empresas convienen en formar e invertir en una tercera empresa. Esta tercera empresa pasa a ser la empresa conjunta (*Joint Venture*) y tiene como característica que es una compañía que opera con la participación de dos o más accionistas, inversionistas directos, que participan activamente en la gerencia de la compañía».

²⁵ En la práctica, se emplean diversas expresiones como contrato consorcial, alianza, etc.

²⁶ RODNER S.: ob. cit. («Los convenios de empresa...»), p. 26.

²⁷ Cfr. Ídem.

celebren con terceros, y del ordenamiento aplicable a dichos contratos. Entre estos contratos, aquel que haya determinado que las empresas se asociaran en el *Joint Venture* y el contrato base de la empresa conjunta son frecuentemente contratos enlazados. Por ejemplo: cuando varias empresas se unen para participar en una licitación o, más específicamente, para ejecutar un proyecto, el contrato –*verbi gratia*, de obras, de ingeniería, llave en mano, petrolero, etc.– que finalmente celebran con el cliente²⁸ para la ejecución del proyecto y el contrato base de la empresa conjunta se encuentra enlazados²⁹; ya que, a pesar de ser «contratos independientes, autónomos y suficientes por sí mismos, tienen una conexión sustancial, de modo que la vigencia, el cumplimiento, o la interpretación de un contrato tiene efecto sobre (el) otro contrato³⁰».

De hecho, el contrato con el cliente y el contrato base de la empresa conjunta son dos contratos independientes, entre los cuales, existe una conexión en la causa³¹ de ambos contratos³², que produce una recíproca interdependencia

²⁸ El cliente es parte del contrato que celebra con la empresa conjunta, y, al mismo tiempo, es tercero respecto al contrato base de la empresa conjunta.

²⁹ En algunos casos, el contrato de empresa conjunta es incluso uno de los anexos del contrato para la ejecución del proyecto.

³⁰ Cfr. RODNER S., James Otis: *Los contratos enlazados. El subcontrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2013, p. 35.

³¹ Para RODNER, *ibíd.*, p. 36, «cuando existe una conexión en la causa, ésta debe ser sustancial, de manera que el cumplimiento de las prestaciones en un contrato es esencial para el sentido económico del otro».

³² Nosotros hemos privilegiado la denominación «contratos conexos» para referirnos a aquellos contratos que poseen una conexión en la causa; o, en otros términos, «que, aunque posean una causa distinta y autónoma, se encuentran dirigidos a la consecución de una finalidad u objetivo único o común. PINTO OLIVEROS, Sherandine: «El contrato hoy en día: entre complejidad de la operación y justicia contractual». En: *Nuevas tendencias en el Derecho privado. Memorias de las 1 Jornadas franco-venezolanas de Derecho Civil*. J. ANNICCHIARICO, S. PINTO OLIVEROS y P. SAGHY, coords., Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, p. 260. Sin embargo, el concepto de contrato enlazado de RODNER es más amplio respecto al concepto de contrato conexo; o, en otras palabras, existe una relación de género a especie entre el concepto de contrato enlazado y el de contrato conexo. De hecho, además de la causa, RODNER identifica otras fuentes de conexión contractual, como el objeto, la voluntad de las partes y la ley. Para mayores detalles, véase, RODNER S.: *ob. cit.* (*Los contratos enlazados...*), pp. 61-86.

entre ellos³³. «No se trata de contratos accesorios que dependen de uno principal; en cuanto, cada uno de los contratos posee existencia propia y autónoma. Por lo tanto, todos se encuentran en el mismo plano. Sin embargo, cada uno de dichos contratos se encuentra recíprocamente condicionado o subordinado al otro, es decir, ninguno de ellos habría sido celebrado sino se hubiese perfeccionado el otro»³⁴.

El enlace entre esos contratos produce una gama de efectos³⁵; entre los cuales se incluyen que la terminación de uno puede acarrear la terminación del otro, el incumplimiento de uno puede producir el incumplimiento del otro, la declaratoria de nulidad de uno por ilicitud de la causa o del objeto puede afectar de nulidad al otro, y la interpretación de los contratos debe tomar en cuenta a ambos.

En principio, el contrato celebrado con el cliente podría ser bilateral, si es perfeccionado entre este y la empresa conjunta societaria, o bilateral con una parte subjetivamente compleja³⁶, si se celebra con el cliente y los miembros de la empresa conjunta contractual. Por su parte, el contrato base de la empresa conjunta será bilateral o plurilateral, según el número de empresas que se hayan asociado en dicho contrato.

En todo caso, el contrato base de la empresa conjunta es un contrato atípico³⁷, en el cual, frecuentemente, se combinan cláusulas financieras, comerciales,

³³ Recogemos las enseñanzas de RODNER S.: ob. cit. (*Los contratos enlazados...*), pp. 36 y 37, quien afirma que «cuando estamos frente a dos o más contratos enlazados encontramos lo siguiente: i. Dos o más negocios jurídicos o contratos independientes (...) ii. Entre los dos o más contratos existe algún tipo de conexión (...) y, iii. El enlace de los contratos debe tener efectos jurídicos o sea, que debe producir alguna forma de dependencia jurídica entre todos los contratos...».

³⁴ Cfr. PINTO OLIVEROS: ob. cit. («El contrato hoy...»), pp. 260 y 261.

³⁵ Para un análisis de los efectos en los contratos enlazados, véase RODNER S.: ob. cit. (*Los contratos enlazados...*), pp. 123-178.

³⁶ Si el cliente estuviese compuesto por varias personas, el contrato sería bilateral con (ambas) partes subjetivamente complejas.

³⁷ En otra sede, habíamos indicado que «en la práctica, han proliferado numerosos contratos atípicos que, en todo caso, son referibles a dos macro-categorías: de un

jurídicas y técnicas o, en otros términos, relativas a la actividad o proyecto en el que las partes cooperarán para alcanzar el fin económico determinado³⁸ de la empresa conjunta. De allí que se trate de un contrato complejo que fusiona la precitada variedad de cláusulas, y que, normalmente, exige una multiplicidad de contratos³⁹ enlazados al contrato base.

Al igual que con el enlace entre el contrato con el cliente y el contrato base de la empresa conjunta, el enlace entre el contrato base y la multiplicidad de contratos que este requiere produce –los citados– efectos. Entre estos, adquiere particular importancia la interpretación conjunta de los contratos⁴⁰; que, sin embargo, no permite el transplante de cláusula o, lo que es lo mismo, la inserción de una cláusula contenida en uno de los contratos en otro contrato al que está enlazado⁴¹.

lado, aquellos que combinan elementos propios de dos o más contratos típicos –o con tipicidad legal o social–, es decir, los contratos atípicos o innominados –en sentido estricto–; y, del otro lado, aquellos que son expresión de la creatividad de las partes en ejercicio de la autonomía contractual, en cuanto no poseen o combinan elementos propios de contratos típicos, es decir, los contratos *sui generis*. Ambas categorías de contratos colocan una serie de problemáticas novedosas, especialmente, referidas al régimen jurídico aplicable a los fines de la integración e interpretación del contrato», PINTO OLIVEROS: ob. cit. («El contrato hoy...»), pp. 259 y 260. En el contrato base de la empresa conjunta, se suelen combinar elementos de algunos contratos típicos –en particular, del contrato de sociedad o de la cuenta en participación y del contrato de mandato (especialmente, en la empresa conjunta contractual) y, en algunos casos, de contratos relativos a la transferencia de los atributos de la propiedad o de esta última y del contrato de obras– con estipulaciones de las partes en ejercicio de su autonomía contractual.

³⁸ El fin económico determinado es otro de los elementos propios de la empresa conjunta señalado por Rodner S.: ob. cit. («Los convenios de empresa...»), p. 16.

³⁹ Entre los elementos propio de la empresa conjunta, RODNER, *ibíd.*, p. 18, incluye la multiplicidad de acuerdos, señalando que «las relaciones entre los socios están definidas en una multiplicidad de acuerdos y no en un solo contrato»; y subrayando que «cuando las relaciones jurídicas entre las partes se regulan en más de un contrato, surgen los problemas del grupo de contratos y cómo se deben aplicar simultáneamente todos estos contratos».

⁴⁰ RODNER S.: ob. cit. (*Los contratos enlazados...*), p. 145, sostiene que «el procedimiento de interpretación de los contratos enlazados es el mismo que se usa en los contratos puros y simples, excepto que en ellos es necesario tener presente todo el complejo contractual; o sea, que deben interpretarse como un conjunto».

⁴¹ *Cfr. ibíd.*, p. 147.

Por ello, es importante la coordinación entre algunas cláusulas de los contratos enlazados al contrato de empresa conjunta, y, en particular, de aquellas relativas a la imposibilidad de cumplimiento, como la cláusula de fuerza mayor.

Además, el contrato de empresa conjunta es *intuitu personae*⁴²; debido a que cada una de las partes celebra el contrato en consideración a la persona del –o de los– cocontratante(s) o a sus cualidades personales⁴³. En otros términos, las empresas o sus recursos –humanos, físicos, intangibles, económicos o financieros– o competencias son determinantes del consentimiento. De allí que, en caso de cumplirse los requisitos del error en la persona, el contrato es anulable. Sin embargo, si el contrato es plurilateral las reglas de los vicios del consentimiento y, en general, de la invalidez del contrato deberían adaptarse al esquema del contrato plurilateral.

El contrato de empresa conjunta tiene una duración determinada que, normalmente, depende del tiempo necesario para la consecución de su fin económico⁴⁴. En la práctica, es generalmente de mediano o largo plazo⁴⁵; y, suele ser de ejecución sucesiva. Por ello, sus estipulaciones frecuentemente enfrentan las dificultades más recurrentes de los contratos con esas características; entre otras, repartición de riesgos, incumplimiento, imposibilidad de cumplimiento, excesiva onerosidad de cumplimiento y terminación –anticipada– del contrato.

En caso de que la empresa sea de naturaleza contractual, las relaciones entre las partes se rigen principal o exclusivamente por el contrato base –y por sus contratos de aplicación o auxiliares–. En cambio, si la empresa es societaria,

⁴² En este sentido, RODNER S.: ob. cit. («Los convenios de empresa...»), p. 16, afirma que «las relaciones entre los socios son *intuitu personae*, o personalísimas, o sea, que en la empresa conjunta cada socio celebra los convenios en el entendido que el otro socio es una empresa determinada y que siempre será el socio de la relación».

⁴³ La cualidad de las partes también determina la atención que se presta a la diligencia o, de formas más concreta, a los estándares de diligencias previstos en el contrato.

⁴⁴ Cfr. *ibid.*, p. 17.

⁴⁵ RODNER, *ídem.*, subraya que «a pesar de que tienen una duración limitada, las empresas conjuntas si tienen cierta permanencia en el tiempo. No se trata de asociaciones esporádicas que hacen dos empresas para los efectos de realizar determinada actividad».

las relaciones entre las partes se rigen no solo por el contrato base —y por sus contratos de aplicación o auxiliares—, sino también por el documento constitutivo y los estatutos sociales de la nueva sociedad que se formará⁴⁶. De allí que RODNER sostenga que la empresa conjunta societaria posee una fisonomía propia, distinta de los convenios ordinarios para la formación de una asociación de personas o de una sociedad, que resulta de la combinación de componentes de tipo comercial, financiero y jurídico en los convenios que se utilizan para su formación y en sus fines comerciales⁴⁷.

Desde el punto de vista jurídico, el contrato base establece «las normas generales, los derechos, obligaciones y responsabilidades de las partes, así como los fundamentos y principios sobre los que se implementará el mecanismo de empresa conjunta»⁴⁸; incluyendo, entre otros aspectos, las reglas relativas a la gerencia de la empresa conjunta, al ingreso o salida de los miembros o socios de la empresa conjunta⁴⁹, especialmente aquellas relativas a la cesión de posición contractual o cesión del contrato⁵⁰, y al incumplimiento de las obligaciones de las partes.

Estas estipulaciones no solo reflejan los caracteres propios de la empresa conjunta⁵¹, sino que además responden al alto nivel de interdependencia entre las

⁴⁶ Cfr. *ibíd.*, pp. 24 y 25.

⁴⁷ Cfr. *ibíd.*, p. 15.

⁴⁸ Cfr. *ibíd.*, p. 24; y, para un análisis del contenido usual de los convenios de empresa conjunta, véase, pp. 55-61.

⁴⁹ En buena medida, las estipulaciones relativas al ingreso o a la salida de los miembros o socios derivan del carácter *intuitu personae* del contrato.

⁵⁰ *Grosso modo*, la cesión de contrato se produce cuando una de las partes del contrato (cedente) transfiere todos sus derechos y obligaciones contractuales frente a su cocontratante (contratante cedido) a un tercero (cesionario), quien asume dichas obligaciones. Para un análisis de la cesión de contrato tanto en el Derecho venezolano como en el Derecho comparado, véase, RODNER S.: *ob. cit. (La transferencia del contrato)*, *passim*; y, «Cesión del contrato y los Principios de UNIDROIT». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 151. Caracas, 2012, pp. 225-302.

⁵¹ Entre los caracteres propios de la empresa conjunta, RODNER S.: *ob. cit.* («Los convenios de empresa...»), pp. 15-18, identifica: a. la conservación de la autonomía de los socios; b. el fin económico determinado de la empresa conjunta; c. la duración limitada de la empresa conjunta; d. la participación en plano de igualdad de los

actividades de las partes, al riesgo de oportunismo, a la necesidad de coordinación entre las partes⁵² y, en general, a los desafíos que la cooperación impone, especialmente, cuando –el contrato– es a largo plazo.

Por ello, el contrato base presta gran atención a la gerencia y a la operatividad de la empresa conjunta; evidenciando, la ausencia de socio dominante⁵³ o, en otros términos, la participación de los miembros o socios en plano de igualdad⁵⁴. De hecho, la proporción a mayor participación mayor poder decisorio es desconocida en la empresa conjunta.

Los desafíos que impone la cooperación también explican porque las exigencias de la buena fe son reforzadas en el contrato base de empresa conjunta, a través de la imposición de ciertos deberes u obligaciones a las partes⁵⁵; y porque, en dicho contrato, se privilegian medidas correctivas y otros remedios al incumplimiento por encima de la resolución del contrato. Estos remedios –al igual que, cuando son previstas, las cláusulas relativas a la imposibilidad de cumplimiento y a la excesiva onerosidad en el cumplimiento– persiguen, entre otras funciones o finalidades, mantener la vigencia del contrato.

3. La cláusula de fuerza mayor

En muchos contratos y, en particular, en aquellos relativos a la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios, se suelen incluir cláusulas relativas a la excesiva onerosidad en el cumplimiento y a la imposibilidad

socios; e. el equilibrio de los intereses de los socios, y f. la multiplicidad de acuerdos. Para mayores detalles sobre los elementos de la empresa conjunta societaria, véase también, RODNER S.: ob. cit. (*Elementos de finanzas...*), pp. 856-858.

⁵² Según CAFAGGI, Fabrizio y IAMICELI, Paola: «*Contracting in global supply chains and cooperative remedies*». En: *Uniform Law Review*. Vol. 20. Oxford University Press. Oxford, 2015, pp. 135-179, estas son algunas de las características de las cadenas globales de suministro.

⁵³ RODNER S.: ob. cit. («Los convenios de empresa...»), p. 49.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 17.

⁵⁵ Por ejemplo, los deberes u obligaciones que derivan de cláusulas de no competencia, de confidencialidad o de aquellas relativas a la protección secretos industriales, etc.

de cumplimiento. En este sentido, la cláusula de *hardship* regula la excesiva onerosidad en el cumplimiento de las prestaciones, mientras que la cláusula de fuerza mayor regula la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones contractuales. De allí que, entre otras funciones o finalidades, la cláusula de fuerza mayor se dirige a exonerar de responsabilidad por incumplimiento o retardo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales ocasionado por fuerza mayor.

La cláusula de fuerza mayor se originó en los ordenamientos jurídicos del *Common Law*, en los cuales, a diferencia de aquellos que pertenecen al *Civil Law*, no existía una «causa» (general) de exoneración de responsabilidad como la fuerza mayor, prevista en los Códigos civiles de los ordenamientos de la tradición romano-germánica, incluyendo nuestro Código Civil⁵⁶. Por lo tanto, las partes debían estipular en el contrato –«cláusulas» de– excusas al incumplimiento a los fines de ser eximidas de los daños por incumplimiento del contrato.

De hecho, la cláusula de fuerza mayor surgió frente a la rigidez de la regla del cumplimiento (absoluto) del contrato en el *Common Law*, que, como corolario del principio *pacta sunt servanda*, conducía inexorablemente a la responsabilidad en caso de incumplimiento⁵⁷. Sin embargo, las partes podían estipular en el contrato circunstancias que excusaban el incumplimiento o, en otros términos, podían asignar el riesgo de incumplimiento en caso de

⁵⁶ De conformidad con el artículo 1272 del Código Civil, «el deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o de hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido». En el Derecho venezolano, la exoneración de responsabilidad por incumplimiento o retardo en el cumplimiento debido a fuerza mayor –caso fortuito u otras causas extrañas no imputable, como el hecho del tercero– resulta también del artículo 1271 del Código.

⁵⁷ En sus orígenes, el *Common Law* no aceptaba excusas al incumplimiento del contrato. En consecuencia, la parte que incumplía su promesa contractual era responsable bajo cualquier circunstancia. Para mayores detalles, véase, ALLEN, Stephen. G.: «*Force Majeure Under Coal Supply Contracts*». En: *26 Energy & Min. L. Inst.* Capítulo 6. 2005, p. 197; y, CAMERO, Jennifer: «*Mission Impracticable: The impossibility of Commercial Impracticability*». En: *The University of New Hampshire Law Review*. Vol. 13, N.º 1. Durham, 2015, p. 3.

que este último se verificase por tales circunstancias. De esta manera, la inflexibilidad de la regla del cumplimiento (absoluto) del contrato podía ser atenuada a través de cláusulas contractuales que, en caso de ocurrencia de ciertos eventos, justificasen el incumplimiento.

Este tipo de estipulación contractual fue paulatinamente reconocido como excusa al incumplimiento del contrato⁵⁸, a medida que el *Common Law* admitía la doctrina de la imposibilidad de cumplimiento (*impossibility of performance*)⁵⁹ y, posteriormente, la doctrina de la impracticabilidad comercial (*commercial impracticability*)⁶⁰ como excepciones a la regla del cumplimiento del contrato.

Así, junto a las precitadas excepciones –de las doctrinas– del *Common Law* y a las excepciones legales⁶¹ a la regla del cumplimiento del contrato, las

⁵⁸ Para ALLEN: ob. cit., p. 197, «*By the mid-nineteenth century, the analysis had begun to move away from objective impossibility to recognition of the parties' contractual assumptions*» (trad. libre: A mediados del siglo XIX, el análisis había comenzado a alejarse de la imposibilidad objetiva al reconocimiento de los supuestos contractuales previstos por las partes).

⁵⁹ KELLEY, Jay D.: «*So What's your excuse? An Analysis of Force Majeure Claims*». En: *Texas Journal of Oil, Gas, and Energy Law*. Vol. 2, N.º 91. 2007, p. 93, afirma que «*The doctrine of impossibility of performance was first recognized as an excuse for a party's failure to perform in the late nineteenth century*» (trad. libre: La doctrina de la imposibilidad de cumplimiento fue por primera vez reconocida como una excusa al incumplimiento de una de las partes a finales del siglo XIX).

⁶⁰ CAMERO: ob. cit., p. 3, recuerda que «*contractual excuse made an about-face in Mineral Park Land Co. v. Howard in 1916, when the court broadened the legal definition of impossibility to include not only those actions which a party literally could not perform, but also those actions which were impracticable for a party to perform due to an unreasonable and excessive cost. Thus, the excuse of commercial impracticability was born*» (trad. libre: la excusa contractual tuvo un cambio radical en *Mineral Park Land Co. vs. Howard* en 1916, cuando la corte amplió la definición legal de imposibilidad para incluir no solo aquellas acciones que una parte no podía literalmente ejecutar, sino también aquellas acciones que eran impracticables de ejecutar –por una parte– debido al costo irrazonable y excesivo. De esta manera, nació la excusa de la impracticabilidad comercial).

⁶¹ Entre las excepciones legales, destaca la Sección 2-615 del Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos de América en materia de venta de bienes.

estipulaciones contractuales –comúnmente conocidas como cláusula de fuerza mayor– que excusan el incumplimiento de –determinadas– obligaciones contractuales en caso de ocurrencia de ciertos eventos o circunstancias, que están razonablemente fuera del control de la parte afectada por el mismo y que, sin su culpa o negligencia⁶², le impiden el cumplimiento de sus obligaciones, se han consolidado como mecanismo para eximir de responsabilidad por incumplimiento del contrato en el *Common Law*⁶³.

A pesar de su origen anglosajón, la denominación de la cláusula se inspira en la *force majeure* del Código Civil francés⁶⁴, debido a que los eventos identificados como «fuerza mayor» por las partes en dicha cláusula: de un lado, normalmente exceden –el ámbito de– los «actos de Dios» (*act of God*) y, del otro lado, comparten algunos de los elementos de la *force majeure* francesa.

⁶² ALLEN: ob. cit., p. 198, subraya: «*The U.S. Supreme Court has stated that force majeure generally refers to circumstances that are «beyond the control and without the fault or negligence» of the non-performing party*» (trad. libre: La Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha establecido que la fuerza mayor generalmente se refiere a circunstancias que están “fuera del control y sin culpa o negligencia” de la parte que no ejecuta –su obligación–).

⁶³ En la práctica, la cláusula de fuerza mayor se ha transformado en el principal instrumento para substraerse –de la reparación– de los daños por incumplimiento del contrato en el *Common Law* y, en particular, en los Estados Unidos de América, en virtud del restringido ámbito de aplicación de las excepciones a la regla del cumplimiento del contrato. De hecho, en ausencia de estipulación de la cláusula de fuerza mayor, la parte deudora de la obligación incumplida debe demostrar los requisitos de la imposibilidad o de la impracticabilidad comercial o, si se tratase de venta de bienes, de la Sección 2-615 del Código Comercial Uniforme –incluyendo la imprevisibilidad del evento que impidió el cumplimiento– a los fines de evitar el pago de los daños y perjuicios por incumplimiento del contrato. No obstante, la imprevisibilidad del evento es un concepto subjetivo que, en el *Common Law*, ha conducido frecuentemente a interpretaciones contradictorias o ha precluido la procedencia de las excepciones a la regla del cumplimiento. Sobre este último aspecto, véase, ALLEN: ob. cit., pp. 204 y 205; KELLEY: ob. cit., pp. 94-97; y CAMERO: ob. cit., pp. 13-18.

⁶⁴ Cfr. MARMURSZTEJN, Muriel: «*Force majeure clauses of and oil company's upstream agreements: A review*». En: *International Business Law Journal*. N.º 7. Londres, 1998, p. 787; y, ALLEN: ob. cit., p. 197.

Sin embargo, la fuerza mayor es una causa de exoneración de responsabilidad por incumplimiento en el ordenamiento jurídico francés y en la tradición de romano-germánica. De allí que, en el *Civil Law*, la fuerza mayor es una cláusula general prevista en el Código Civil en la que puede subsumirse todo hecho imprevisible, irresistible, que está fuera del control del deudor –o, lo que es lo mismo, exterior– y que impide el cumplimiento⁶⁵ de la obligación; mientras que, en el *Common Law*, solo los eventos que las partes especifican en la cláusula contractual constituyen fuerza mayor.

En otros términos, la cláusula de fuerza mayor tipifica los supuestos de fuerza mayor aplicables al específico contrato; y dado que, en el *Common Law*, dicha cláusula es entendida⁶⁶ como una excepción a la regla del cumplimiento del contrato, la jurisprudencia estadounidense interpreta de manera restrictiva los eventos previstos en la cláusula de fuerza mayor, incluso cuando su enumeración es seguida por una estipulación general u omnicomprendensiva (*catch-all*), como «cualquier otro evento», o «cualquier otra causa que esté fuera del control de las partes»⁶⁷.

Por estas razones, especialmente en el *Common Law*, se presta gran atención a la predisposición de la cláusula de fuerza mayor y, en particular, a la identificación de los eventos que, conforme a la misma, constituyen fuerza mayor; ya que, en dicha cláusula, las partes pueden limitar o ampliar tanto los eventos

⁶⁵ En este sentido, el Código marco de Obligaciones para América Latina define la fuerza mayor como un hecho imprevisible, irresistible, que está fuera del control del deudor, y que impide el cumplimiento.

⁶⁶ La aplicabilidad e interpretación jurisprudencial de las cláusulas de fuerza mayor en los Estados Unidos de América ha sido influenciada por el Derecho Contractual y, en particular, por las doctrinas de la imposibilidad de cumplimiento y de la impracticabilidad comercial. En este sentido, KELLEY: ob. cit., p. 93; y, ALLEN: ob. cit., p. 198.

⁶⁷ En este caso, la aplicabilidad de la regla interpretativa del *eiusdem generis*, que impediría tomar en cuenta eventos disímiles a aquellos específicamente enumerados en la cláusula cuando esta conjuga una estipulación específica y una general u omnicomprendensiva, podría limitar el alcance de –los eventos reconducibles– la cláusula de fuerza mayor. No obstante, la aplicabilidad de dicha regla interpretativa podría ser limitada por la redacción o el uso de determinadas palabras en la cláusula de fuerza mayor. Sobre este aspecto, véase, KELLEY: ob. cit., p. 99.

que excusan el incumplimiento como los efectos de dichos eventos. En consecuencia, la cláusula de fuerza mayor puede actuar como cláusula de exoneración e incluso de extensión⁶⁸ de la responsabilidad, según las estipulaciones de las partes, y, además, puede determinar otros efectos en el contrato.

De hecho, una de las principales finalidades de la cláusula de fuerza mayor es definir la fuerza mayor o los hechos o eventos que, en el –específico– contrato, constituyen fuerza mayor. Sin embargo, la mayor inclusión de hechos o eventos en la cláusula no necesariamente conduce a extender los supuestos que podrían exonerar de responsabilidad por incumplimiento; en cuanto, ello depende del Derecho aplicable al contrato.

Cuando el Derecho aplicable al contrato pertenece a la tradición romano-germánica, la cláusula contractual –de fuerza mayor– puede limitar el ámbito de la –cláusula general de– fuerza mayor prevista en el Código Civil a los supuestos contemplados en la cláusula contractual. En efecto, salvo las normas de orden público, buenas costumbres o imperativas, las disposiciones de los códigos civiles en los ordenamientos del *Civil Law* son dispositivas y, por lo tanto, supletorias de la voluntad de las partes en el contrato. En consecuencia, frente a la estipulación de las partes de la cláusula de fuerza mayor, esta última se rige por lo que las partes hayan establecido en el contrato⁶⁹, y no por el Código Civil.

No obstante, este efecto podría ser evitado reenviando o reproduciendo la definición de fuerza mayor del propio ordenamiento jurídico de la tradición romano-germánica en la cláusula de fuerza mayor o en la cláusula de las

⁶⁸ Algunas cláusulas de fuerza mayor excluyen que determinados hechos, eventos o circunstancias sean considerados fuerza mayor en el específico contrato, o establecen requisitos adicionales respecto a los exigidos por el ordenamiento jurídico a la fuerza mayor. Por ambas vías, se logra extender la responsabilidad a supuestos de los que habría sido excluida en virtud de la fuerza mayor prevista en el –respectivo– Código Civil.

⁶⁹ En América Latina, es frecuente observar que la cláusula abarca no solo la fuerza mayor, sino también el caso fortuito. Algunas cláusulas inclusive comprenden otras causas de exoneración de responsabilidad como el hecho del tercero. Las causas de exoneración que estén previstas en la cláusula se regirán por lo que las partes hayan establecido en el contrato, y solo supletoriamente por el Código Civil.

definiciones del contrato, incluso si dicha definición es seguida por una lista enunciativa y no taxativa de eventos de fuerza mayor; pero, en esta última hipótesis, las partes deben ser cuidadosas con la redacción de la cláusula para no restringir el ámbito de la fuerza mayor de su ordenamiento del *Civil Law*, a menos que esa sea la intención de las partes.

Si, en cambio, las partes se limitan únicamente a enumerar una serie de hechos o eventos que, en el específico contrato, constituye fuerza mayor, estas restringen el ámbito de dicha causa de exoneración de responsabilidad a los supuestos individuados por ellas en el contrato; excluyendo, de hecho, la aplicabilidad de la –cláusula general de– fuerza mayor del Código Civil. De esta manera, la posibilidad de exonerarse de responsabilidad por incumplimiento podría ser incluso más limitada en los ordenamientos del *Civil Law*⁷⁰; debido a que, si el Derecho aplicable al contrato perteneciera al *Common Law*, la cláusula de fuerza mayor no excluiría la aplicabilidad de la imposibilidad, de la impracticabilidad comercial o de las excepciones legales a la regla del cumplimiento del contrato, y, además, el juez o árbitro del *Common Law* no exigiría la imprevisibilidad del evento especificado en la cláusula de fuerza mayor, salvo en casos excepcionales⁷¹.

En todo caso, la definición de fuerza mayor o de los supuestos de esta última, contemplados en las cláusulas de fuerza mayor de los contratos enlazados,

⁷⁰ Ello, tomando en cuenta que un número importante de cláusulas de fuerza mayor regulan también el caso fortuito, u otras causas de exoneración de responsabilidad.

⁷¹ KELLEY: ob. cit., p. 101, señala: «*The requirement that an event be unforeseeable at the time the contract was made is a remnant of the common law doctrines of impossibility of performance and commercial impracticability. As a general rule, this requirement only applies when events are not specifically listed in the clause, and the nonperforming party is relying on a catch-all clause (e.g., other events beyond a party's reasonable control)*» (trad. libre: El requisito de que un evento sea imprevisible en el momento –de celebración– del contrato es una reminiscencia de las doctrinas del *Common Law* de la imposibilidad de cumplimiento y de la impracticabilidad comercial. Como regla general, este requisito solo se aplica cuando los eventos no están específicamente enumerados en la cláusula, y la parte que incumple se fundamenta en una cláusula general –por ejemplo, otros eventos más allá del control razonable de la parte–).

así como sus efectos, deben estar coordinados entre ellos; en cuanto, la interpretación conjunta de dichos contratos no permite el transplante de dicha cláusula de uno de los contratos a los demás contratos enlazados. En otros términos, no consiente ni que los hechos o eventos de fuerza mayor ni que los efectos previstos en la cláusula de fuerza mayor de uno de los contratos se inserten en los otros contratos a los cuales está enlazado.

En este sentido, otra de las principales finalidades de la cláusula de fuerza mayor es definir los efectos en el contrato del acaecimiento de los hechos o eventos que, conforme a dicho contrato, constituyen fuerza mayor. En la práctica, las partes frecuentemente regulan la exoneración de responsabilidad, la vigencia del contrato y el deber de mitigación.

En general, la cláusula de fuerza mayor expresamente exonera de responsabilidad por incumplimiento o retardo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales debido a la fuerza mayor. De allí que, normalmente, dicha cláusula establezca los requisitos de procedencia y la extensión de la exoneración de responsabilidad en caso de acaecimiento del hecho o evento definido, por el contrato, como fuerza mayor.

Si bien buena parte de las cláusulas de fuerza mayor se concentra en los requisitos adjetivos –procesales– de la exoneración de responsabilidad por fuerza mayor, la cláusula de fuerza mayor debería exigir que «el incumplimiento o retardo en el cumplimiento sea ocasionado por el evento o hecho de fuerza mayor». En otros términos, debería requerir –aunque sea en forma implícita– las condiciones sustantivas –o de fondo– de la exoneración de responsabilidad, es decir, el incumplimiento o retardo en el cumplimiento, la ocurrencia del evento de fuerza mayor, y la relación de causalidad entre dicho evento y el incumplimiento o retardo en el cumplimiento.

Adicionalmente, la cláusula de fuerza mayor prevé los requisitos procesales para que la parte cuyo cumplimiento es afectado por la fuerza mayor pueda exonerarse de responsabilidad o, en general, pueda valerse de los efectos previstos en la cláusula. En este sentido, la cláusula de fuerza mayor usualmente

establece que la parte cuya ejecución es afectada por la fuerza mayor avise –o notifique– al cocontratante de la ocurrencia del evento, cumpliendo las formalidades previstas en dicha cláusula⁷² o, en caso de que la cláusula de fuerza mayor no contemple –todas– las formalidades que deben cumplirse, la misma debe ser interpretada en concordancia con la cláusula de los avisos o notificaciones; en la cual, frecuentemente, se prevé la forma, el idioma, el remitente y el destinatario –representantes de las partes en el contrato– y las demás formalidades que los avisos o notificaciones deben cumplir para que sean válidos o surtan efecto⁷³.

Un buen número de cláusulas de fuerza mayor establecen que el precitado aviso o notificación de la fuerza mayor deba efectuarse de manera inmediata o en un plazo razonable. Otras cláusulas, sin embargo, prefieren prever un término cierto o determinado para que la parte cuyo cumplimiento es afectado por la fuerza mayor realice dicho aviso o notificación a su cocontratante⁷⁴.

Además, algunas cláusulas de fuerza mayor exigen que el aviso o notificación de la fuerza mayor cumpla con un contenido mínimo, que, entre otros

⁷² Por ejemplo, generalmente, se requiere la forma escrita.

⁷³ Asimismo, la cláusula de los avisos o notificaciones generalmente especifica la dirección a la que estos deben remitirse, y los medios de transmisión de los avisos o notificaciones admitidos por el contrato (*verbi gratia*, personalmente o a mano, correo certificado, fax, correo electrónico, etc.).

⁷⁴ Una de las problemáticas prácticas más relevantes de la cláusula de fuerza mayor se refiere a los efectos de la falta o del retardo en el aviso o notificación de la fuerza mayor, que, sin embargo, podría resolverse según el contenido –o redacción– de la cláusula. Sobre este tema, KELLEY: ob. cit., p. 105, señala que la jurisprudencia estadounidense está dividida respecto a si la inoportunidad del aviso o notificación impide la exoneración de responsabilidad. Por su parte, el artículo 56 (numeración provisional) del (proyecto de) Código marco de Obligaciones para América Latina, predispuerto por el Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL), optó por prever la obligación de reparar «los daños derivados de la falta o retardo en el aviso» de la fuerza mayor. Para mayores detalles sobre la fuerza mayor en este Código, véase, PINTO OLIVEROS, Sheraldine: «*L'inadempimento delle obbligazioni nel Codice Marco delle Obbligazioni per l'America Latina*». En: *Europa-America Latina. Due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*. A cargo de A. SACCOCCIO y S. CACACE, 2020 (en vías de publicación).

aspectos, puede incluir: la especificación del evento⁷⁵ que constituye fuerza mayor, el impacto de dicho evento en el cumplimiento de las obligaciones contractuales⁷⁶ o, en otras palabras, cómo el evento afecta el cumplimiento de dichas obligaciones, la estimación del periodo de duración del evento, y las medidas adoptadas para superar la fuerza mayor o mitigar sus efectos.

Dado que la mayoría de las cláusulas de fuerza mayor expresamente exonera de responsabilidad en caso de incumplimiento o retardo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales debido a la fuerza mayor; en la misma, se establece la extensión de dicha exoneración de responsabilidad o, en otros términos, se especifican las obligaciones cuyo incumplimiento o retardo –ocasionado por fuerza mayor– es exonerado de responsabilidad. Normalmente, la exoneración de responsabilidad abarca cualquier obligación contractual, exceptuando las especificadas en la cláusula de fuerza mayor. En este sentido, es usual encontrar cláusulas de fuerza mayor con una redacción similar a la siguiente: «Ninguna de las partes es responsable por retardo o incumplimiento de las obligaciones que ha asumido en virtud del presente contrato, excluyendo las obligaciones de (...) si dicho retardo o incumplimiento es ocasionado por un evento de fuerza mayor...».

Pocas cláusulas de fuerza mayor no aluden a la suspensión de –los efectos– de las obligaciones contractuales. Algunas cláusulas de fuerza mayor, pero no todas, suspenden –los efectos de– las obligaciones contractuales hasta que se supere la fuerza mayor; y, eventualmente, establecen obligaciones que se exceptúan de dicha suspensión. Otras cláusulas, en cambio, suspenden –los efectos de– las obligaciones contractuales afectadas por la fuerza mayor hasta que se supere la imposibilidad de cumplimiento resultante de esta última. Por lo que, cuando la suspensión de las obligaciones es prevista en la cláusula de fuerza mayor, la misma podría referirse a las obligaciones de

⁷⁵ Algunas cláusulas no se limitan a exigir meramente la indicación del evento, sino que además requieren una explicación del mismo o de su naturaleza o la documentación o pruebas que lo acredite.

⁷⁶ Ciertos contratos exigen que se acredite o sea probada la manera en que el hecho o evento de fuerza mayor afecta el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

una⁷⁷, ambas o, si el contrato fuera plurilateral, todas las partes, según la redacción de la cláusula de fuerza mayor.

En todo caso, las estipulaciones que suspenden –los efectos de– las obligaciones en la cláusula de fuerza mayor se dirigen a mantener la vigencia del contrato o, en otros términos, a evitar su –inmediata– terminación. Esta finalidad de la cláusula de fuerza mayor es especialmente importante en los contratos de largo o mediano plazo, en cuanto reduce el riesgo de terminación anticipada del contrato.

Muchos contratos de producción, distribución o comercialización de bienes o servicios y de cooperación entre empresas son de largo o mediano plazo; entre otros factores, debido a que la duración del contrato es sumamente relevante a los fines de que las partes –al menos– recuperen su inversión económica. En consecuencia, si no existen mecanismos que garanticen la duración del contrato, o que disminuyan el riesgo de terminación anticipada o sus efectos, el contrato sería económicamente inviable y, por lo tanto, desincentivaría su celebración por parte de cualquier persona o inversionista.

De allí la importancia en general de la cláusula de terminación del contrato y, en particular, la de la cláusula de fuerza mayor, que regula la terminación del contrato en caso de –imposibilidad de cumplimiento ocasionada por la– fuerza mayor. En este sentido, la cláusula de fuerza mayor frecuentemente faculta a cualquiera de las partes a resolver el contrato –solo– al vencimiento de un determinado plazo de duración de la fuerza mayor o, en algunas cláusulas, de la suspensión de las obligaciones. Sin embargo, ciertas cláusulas de fuerza mayor se limitan a prever que las obligaciones contractuales –afectadas o no por la fuerza mayor, según la redacción de la cláusula– se suspenden hasta que se supere la imposibilidad de cumplimiento por fuerza mayor o el evento de fuerza mayor; y, en ciertos casos, también contemplan la obligación de la parte cuyo cumplimiento es afectado por la fuerza mayor de avisar –o notificar– a sus cocontratantes de la cesación o desaparición del evento de fuerza mayor.

⁷⁷ En otros términos, la parte cuyo cumplimiento es afectado por la fuerza mayor.

Otro efecto normalmente previsto en la cláusula de fuerza mayor es el deber de mitigación. En los contratos anglosajones, la cláusula de fuerza mayor generalmente prevé el deber de la parte afectada por la fuerza mayor de adoptar –todos los– razonables esfuerzos para superar⁷⁸ la fuerza mayor y mitigar sus efectos. Con dicha estipulación, estos contratos entienden que la parte cuyo cumplimiento es afectado por la fuerza mayor tome –conforme al estándar de diligencia establecido en la cláusula⁷⁹ o, en su defecto, al criterio de diligencia aplicable⁸⁰– medidas o alternativas para cumplir el contrato, y, de esa manera, superar la fuerza mayor.

La imposición del deber de adoptar acciones o medidas para superar la fuerza mayor se dirige: de un lado, a desincentivar la –inacción o– negligencia que la exoneración de responsabilidad podría incentivar en la parte cuyo cumplimiento es afectado por la fuerza mayor, y, del otro lado, a crea incentivos para que el cocontratante –de la parte afectada por la fuerza mayor– no resuelva el contrato⁸¹ al vencimiento del plazo establecido en la cláusula a tal fin. A falta de dichos incentivos, el (o los) cocontratante(s) –de la parte cuyo cumplimiento es afectado por la fuerza mayor– podría razonablemente resolver el contrato, debido a que el riesgo de incumplimiento por fuerza mayor grava sobre él (ellos), en virtud de la exoneración de responsabilidad de la otra parte por la –cláusula de– fuerza mayor.

⁷⁸ Usualmente, los términos «remediar» o «eliminar» son también empleados en las cláusulas de fuerza mayor.

⁷⁹ El estándar de diligencia puede variar según la cláusula establezca que la parte realice razonables, sus mejores, o todos los esfuerzos, etc.

⁸⁰ A falta de estipulación de un específico estándar de diligencia; probablemente, en el *Common Law*, se aplicará la *due diligence*, y en el *Civil Law*, la diligencia del buen padre de familia, aunque debería ser *in concreto*, es decir, conforme a las reglas del arte que rige la ejecución de la prestación.

⁸¹ En este sentido, ALLEN: ob. cit., p. 211, sostiene: «*The party whose performance is affected by an event of force majeure must normally correct the event as soon as possible. Otherwise, there would be little ability of the other party to force a continuation of the contract*» (trad. libre: La parte cuyo cumplimiento es afectado por un evento de fuerza mayor debe normalmente corregir el evento lo antes posible. De lo contrario, habría poca posibilidad de que la otra parte fuerce la continuación del contrato).

Aunque, en nuestra tradición jurídica, algunas cláusulas de fuerza mayor contemplan el deber de superar la fuerza mayor y mitigar sus efectos, es más común que la cláusula se limite a regular el deber de mitigar los efectos de la fuerza mayor. En otros términos, prevé que la parte cuyo cumplimiento es afectado por la fuerza mayor, adoptará las acciones o medidas necesarias a fin de minimizar su impacto en costos, pérdidas⁸² y tiempo. No obstante, ciertas cláusulas ni siquiera contemplan el deber de mitigación de los efectos de la fuerza mayor. Sin embargo, dicho deber igualmente derivaría de la buena fe y, en particular, del deber de lealtad de cada contratante frente a sus cocontratantes que resulta de la buena fe.

* * *

Resumen: Debido a que el Derecho Contractual se concentra fundamentalmente en la tradicional relación contractual entre dos partes, sus reglas no siempre proporcionan soluciones a los desafíos que imponen los contratos plurilaterales. Por ello, el presente artículo analiza el contrato plurilateral a los fines de diferenciarlo del contrato bilateral con parte(s) subjetivamente compleja(s). Sucesivamente, se enfrentará la empresa conjunta, en virtud de que el contrato base de esta última frecuentemente es un contrato plurilateral, y, además, existen diversos contratos enlazados a dicho contrato. Finalmente, se estudiará la cláusula de fuerza mayor que es usualmente prevista en los contratos de producción, distribución o comercialización de bienes o servicios, e incluso en los contratos de cooperación como el contrato base de la empresa conjunta. **Palabras clave:** Contrato plurilateral, empresa conjunta, contratos enlazados, fuerza mayor. Recibido: 30-11-19. Aprobado: 15-12-19.

⁸² Entre los efectos de la fuerza mayor podría incluirse los daños por incumplimiento o retardo. Respecto al deber de mitigar los daños, véase: URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *El deber del acreedor perjudicado de evitar o mitigar el daño*. Editorial RVLJ. Caracas, 2016.