

## ASPECTOS SOBRE LA FUERZA MAYOR Y EL DERECHO COMUNITARIO

AGUSTÍN GARCÍA URETA

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.— II. DERECHO INTERNACIONAL Y FUERZA MAYOR: 1. Consideraciones generales. 2. Distinción entre la fuerza mayor y otras causas de exclusión de la ilicitud, en particular, estado de necesidad y peligro extremo. 3. Aplicación de la fuerza mayor en el contexto internacional.— III. LA FUERZA MAYOR EN DERECHO COMUNITARIO: 1. Sobre la posible incidencia de la doctrina de Derecho internacional. 2. Sobre la noción de fuerza mayor en la jurisprudencia del TJCE. 3. Elementos constitutivos de la fuerza mayor y consideración jurisprudencial: A) Elemento objetivo. B) Elemento subjetivo. C) Aplicación judicial del test de la fuerza mayor y grados de diligencia. D) Diligencia y previsibilidad de cambios normativos. 4. Sobre la fuerza mayor como principio general del Derecho comunitario: A) Aspectos generales y posturas doctrinales. B) La posición de los Abogados Generales. C) Análisis de la jurisprudencia del TJCE y supuestos de aplicación analógica: a) Rechazo de la aplicación analógica. b) Supuestos de aplicación analógica. c) Existencia implícita de fuerza mayor. D) Comentarios a la luz de la anterior exposición. 5. Existencia e inexistencia de supuestos de fuerza mayor: A) Guerras, fenómenos atmosféricos y naufragios. B) Dificultades constitucionales, legislativas o administrativas: a) El caso de imposibilidad absoluta de cumplimiento con las obligaciones comunitarias. C) Destrucción por atentado de información debida a la Comisión. D) Robo de mercancías. E) El caso de las huelgas. F) Plazos de recurso ante el TJCE.— IV. COMENTARIOS FINALES.

### I. INTRODUCCIÓN<sup>(\*)</sup>

La fuerza mayor (*damnum fatale*, "actos de Dios"<sup>(1)</sup> o *force majeure*) se considera como una circunstancia que puede justificar que un

(\*) Agradezco a Iñaki Lasagabaster Herrarte, Helena Torroja Mateu e Iñaki Pariente de Prada la información y comentarios sobre un borrador previo.

Abreviaturas: Apt. (Apartado); DO (Diario Oficial de las Comunidades Europeas); CDE (*Cahiers de Droit Européen*); CMLRev (*Common Market Law Review*); ELRev (*European Law Review*); REC (Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas); TCE (Tratado de la Comunidad Europea).

(1) El denominado "act of God" se define en la terminología anglosajona como "[a]n act occasioned exclusively by forces of nature without the interference of any human

particular no ejecute una obligación o incumpla una determinada prohibición que le vincula<sup>(2)</sup>, o que las consecuencias de tal inobservancia no le sean aplicables<sup>(3)</sup>. Quizás por esta característica la fuerza mayor parece tener una aplicación reducida en el Derecho comunitario<sup>(4)</sup>. Una muestra de ello podría venir dada por el hecho de que este concepto no aparece expresamente mencionado en los Tratados constitutivos<sup>(5)</sup>. Sin embargo, las distintas referencias del Derecho derivado (en especial las disposiciones en materia de agricultura) y del Protocolo del Estatuto del Tribunal de Justicia (TJCE) vienen a desmentir esto. Es más, la jurisprudencia comunitaria pone de manifiesto que esta noción es invocada con cierta profusión a los efectos de justificar el incumplimiento de una determinada obligación. No obstante, el hecho de que la fuerza mayor pueda constituir una vía para la no consecución de las exigencias del Derecho comunitario explicaría que este concepto sea limitadamente aceptado en el entramado comunitario. En esta exposición se pretende analizar el sentido de la fuerza mayor y su aplicación por el TJCE en distintos sectores de la actividad comunitaria.

## II. DERECHO INTERNACIONAL Y FUERZA MAYOR

### 1. Consideraciones generales

La fuerza mayor es considerada por la doctrina internacional dentro de las causas que excluyen la ilicitud de un acto adoptado o lleva-

agency. A misadventure or casualty is said to be caused by the "act of God" when it happens by the direct, immediate, and exclusive operation of the forces of the nature, uncontrolled and uninfluenced by the power of man, and without human intervention, and is of such a character that it could not have been prevented or escaped from by any amount of foresight or prudence, or by any reasonable degree of care or diligence, or by the aid of any appliances which the situation of the party might reasonably require him to use. Any accident produced by any physical cause which is irresistible, such as lightning, tempests, perils of seas, tornados, earthquakes". *Black's Dictionary*, Minnesota, West Publishing, 1990, p. 33.

(2) Abogado General CAPOTORTI en IFG, asunto 68/77 (1978) REC 353, p. 381.

(3) *Erpelding*, asunto 84/87 (1988) REC 2649, apt. 20.

(4) Véase R. BARENTS, *The Agricultural Law of the EC* (Kluwer, Deventer, 1994), pp. 293-302; J. FLYNN, "Force Majeure Pleas in Proceedings before the European Court", n. 6, *ELRev*, 1981, pp. 102-114; P. GILSDORF, "La Force Majeure dans le Droit de la CEE a la Lumière de la Jurisprudence de la Cour de Justice", *CDE*, n. 18, 1982, pp. 137-143; B. LOYANT, "La Force Majeure et l'Organisation des Marchés Agricoles", *RTDE*, n. 16, 1980, pp. 256; K. MAGLIVERAS, "Force Majeure in Community Law", *ELRev*, n. 15 1990, pp. 460-471; J. E. THOMPSON, "Force Majeure: The Contextual Approach of the Court of Justice", *CMLRev*, n. 24, 1987, pp. 259-271.

(5) Véase, sin embargo, el art. 158 del Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa y a las adaptaciones de los Tratados (1985), DO L 302.

do a cabo por un Estado y, en consecuencia, la responsabilidad que se pudiese derivar del mismo<sup>(6)</sup>. Estas causas, v.g., estado de necesidad, peligro extremo, legítima defensa, consentimiento y contramedidas, pueden ser variadas y evitar el cumplimiento de una determinada obligación que recaiga sobre un Estado. Aquí surgiría un problema general, a saber, el de su posible invocación frente a todo tipo de intereses, incluyendo los derechos fundamentales de la persona<sup>(7)</sup> o, si por el contrario, los Estados se encuentran obligados a respetarlos en toda circunstancia<sup>(8)</sup>. Aparte del catálogo de dichas causas que recoge la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) en su Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>(9)</sup>, no existe una completa enumeración de las mismas, toda vez que cualquier norma sustantiva de Derecho internacional puede añadir otras. Sin embargo, el hecho de que la CDI las haya clasificado serviría para fijar los contornos en los que la fuerza mayor se mueve en el Derecho internacional. De esta manera, el art. 24 del Proyecto (*Fuerza mayor*) señala:

"1. La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si el hecho se debe a una fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o a un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del

(6) Sobre esta cuestión, véase I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Fifth Edition, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 468; M. Díez DE VELASCO VALLEJO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Décima Edición, Madrid, Tecnos, p. 758; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y P. SAÉNZ DE SANTA MARÍA, *Curso de Derecho Internacional Público*, Sexta edición, Madrid, Civitas, 1998, pp. 355-357; F. M. MARIÑO MENÉNDEZ, *Derecho Internacional Público*, Segunda edición, Madrid, Trotta, 1995, pp. 429 *et seq.*; P. N. OKOWA, "Defences in the Jurisprudence of International Tribunals", en G. S. GOODWIN-GILL y S. TALMON, *The Reality of International Law. Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford, Clarendon Press, 1999, pp. 389-411; J. SALMON, "Les Circonstances excluant l'Illicite", en K. ZEMANEK, y J. SALMON, *Responsabilité Internationale*, Paris, Pedone, 1987, pp. 95-225, en especial, pp. 102-115. Véanse los arts. 18.2 y 39.1 del Convenio sobre el Derecho del Mar de 1982. Téngase en cuenta, no obstante, que aun quedando excluida la ilicitud del hecho contrario a la obligación internacional es posible que el Estado autor del mismo deba indemnizar para que el Estado perjudicado por dicho acto no tenga que cargar con las consecuencias del mismo. El art. 27 del Proyecto de la CDI señala: "La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud de lo dispuesto en el presente capítulo se entenderá sin perjuicio de: a) el cumplimiento de la obligación de que se trate, en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir; b) la cuestión de la indemnización por los daños o perjuicios materiales causados por el hecho de que se trate".

(7) Véase J. ORÁA, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 220-225.

(8) Véase OKOWA, *supra* nota 6, p. 390.

(9) El texto es el aprobado por la CDI en segunda lectura (2000) y está tomado de A. FERNÁNDEZ TOMÁS, *Derecho Internacional Público. Casos y Materiales*, Quinta edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001; accesible también en Internet, <http://www.un.org/law/ilc>.

Estado, que hacen materialmente imposible cumplir con la obligación en las circunstancias del caso.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:
- a) La fuerza mayor es resultado, únicamente o en combinación con otros factores, del comportamiento del Estado que la invoca; o
  - b) El Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa fuerza mayor<sup>(10)</sup>.

En una primera aproximación a este artículo hay que destacar que, a diferencia de la anterior redacción<sup>(11)</sup>, no se hace mención al caso fortuito, aunque éste podría entenderse comprendido en la definición que establece la antedicha norma. Tradicionalmente se ha señalado que la distinción entre los dos términos encuentra su fundamento en que mientras en el primero concurriría una "fuerza", irresistible, en el segundo se trataría de un "acontecimiento" exterior e imprevisible, lo que se centraría sobre todo en supuestos de obligaciones de prevención<sup>(12)</sup>. No obstante, para otros sectores doctrinales, la distinción radicaría en que la fuerza mayor implica una imposibilidad material de actuar, mientras que el caso fortuito impediría al Estado tomar conciencia de que su actuación no es conforme a Derecho<sup>(13)</sup>. En segundo lugar, el art. 24 del Proyecto viene a recoger una visión común de la fuerza mayor, similar a la reconocida en los Estados, en el sentido de hechos irresistibles y ajenos al control de éstos, que impiden el cumplimiento de las obligaciones a las que se encuentren sujetos. Sin embargo, si la imposibilidad material es ocasionada por el propio Estado o éste ha asumido el riesgo de que se produzca esa circunstancia, no cabrá acudir a esta causa de exoneración.

(10) El anterior art. 31 del Proyecto de la CDI señalaba: "1. La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si el hecho se debió a una fuerza irresistible o a un acontecimiento exterior imprevisible ajenos a su control que hicieron materialmente imposible que ese Estado procediera en conformidad con tal obligación o que se percatara de que u comportamiento no era conforme a esa obligación."

2. El párrafo 1 no será aplicable si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca la situación de imposibilidad material."

(11) Véase *supra* nota 10.

(12) MARINO MENÉNDEZ, *supra* nota 6, p. 430; SALMON, *supra* nota 6, p. 103. Ejemplo de esto es el art. 22.2 del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961: El Estado receptor tiene la obligación especial de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger los locales de la misión contra intrusión o daño y evitar que se turbe la tranquilidad de la misión o se atente contra su dignidad.

(13) P. DAILLIER y A. PELLET, *Droit International Public*, Paris, LGDJ, 1999, p. 759; véase el apartado 1 del art. 31 del anterior Proyecto de la CDI, *supra* nota 10.

Aparte de esta noción común de la fuerza mayor, la doctrina internacional reconoce también la existencia de otra, de naturaleza más estricta, recogida en el art. 61 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>(14)</sup>. De acuerdo con esta norma, "[u]na parte podrá alegar la imposibilidad de cumplir un tratado como causa para darlo por terminado o retirarse de él si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del Tratado<sup>(15)</sup>. Si la imposibilidad es temporal, podrá alegarse únicamente como causa para suspender la aplicación del Tratado." De esta norma interesa destacar el hecho de que para que se pueda dar por concluido un Tratado es preciso que el cumplimiento de las obligaciones correspondientes resulte imposible por destrucción de un elemento básico sin el cual no había posibilidad de observancia del Tratado. En consecuencia, la mera pérdida de elementos accesorios o subordinados, o el hecho de que las obligaciones resultantes del Tratado devengan más difíciles, no constituyen causas que puedan justificar su terminación o la retirada del mismo. Por otra parte, los efectos derivados de la imposibilidad de cumplimiento no son automáticos ya que es preciso invocar su causa<sup>(16)</sup>.

### 3. Distinción entre la fuerza mayor y otras causas de exclusión de la ilicitud, en particular, estado de necesidad y peligro extremo

Como ha expuesto la doctrina internacional, la esencia de la fuerza mayor radica, sobre todo, en el hecho de que al Estado que le incumbe respetar una obligación internacional se encuentra impulsado a actuar de manera no conforme a esa obligación, debido a una fuerza irresistible o a un acontecimiento externo imprevisto contra los que nada puede hacer. El Estado no ha de tener ninguna posibilidad real de sustraerse a los efectos de esa fuerza irresistible. Por ello, la no voluntariedad o no intencionalidad del comportamiento atribuible al Estado<sup>(17)</sup>, y la falta de elección respecto a los medios para actuar

(14) MARINO MENÉNDEZ, *supra* nota 6, p. 329; OKOWA, *supra* nota 6, p. 410.

(15) BROWNLIE señala el hundimiento de una isla, el hecho de que un río quede seco, la destrucción por un ferrocarril o un terremoto u otro tipo de desastre natural; *supra* nota 6, p. 623.

(16) BROWNLIE, *supra* nota 6, p. 623.

(17) DAILLIER y PELLET, *supra* nota 13, p. 759; GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y SÁENZ DE SANTA MARÍA, *supra* nota 6, p. 355 y pp. 356-357; JIMÉNEZ DE ARECHAGA, E., "International Responsibility", en M. SORENSEN (Ed.), *Manual of International Law*, London, MacMillan, 1968, p. 544. Este último autor hace referencia a este respecto al art. 19 de la Carta de las Naciones Unidas (26 de junio de 1945), que señala que "el Miembro de las Naciones Unidas que esté en mora en el pago de sus cuotas financieras para los gas-

frente a las circunstancias que causen una situación de fuerza mayor<sup>(18)</sup>, serían las características típicas. Estas sirven para distinguir la fuerza mayor de otras causas de exclusión de la ilicitud en Derecho internacional, como es el caso del estado de necesidad y el peligro extremo<sup>(19)</sup>. Así, frente a la fuerza mayor, en el estado de necesidad y en el peligro extremo se produce la concurrencia de una actividad voluntaria del Estado. El estado de necesidad implica una actuación no conforme a Derecho internacional al ser el único medio para proteger un interés esencial del Estado o para su supervivencia política o económica, siempre y cuando no se afecte gravemente un interés primario del Estado respecto del que existía la obligación incumplida<sup>(20)</sup>. Como se ha indicado, existe un grado de voluntariedad, que se concretaría en la posibilidad de poder adoptar esa actuación, aunque, en realidad, esta facultad sea más teórica que real<sup>(21)</sup>, de otra forma no se señalaría en el art. 26.1.a) del Proyecto de la CDI, que la acción no conforme a una obligación internacional haya sido "el único medio" de salvaguardar un interés esencial del Estado. Con todo, las condiciones de invocación del estado de necesidad se han construido de manera estricta<sup>(22)</sup>, ya que la doctrina internacional pone en duda su existencia como categoría general<sup>(23)</sup>. En los supuestos del denominado peligro extremo también concurre un elemento de voluntariedad, que lo diferenciaría de la fuerza mayor. Asimismo, ha de tratarse de una situación que implique el incumplimiento correspondiente de una obligación internacional, en la que el interés a salvar sea la vida de quien actúa por cuenta del Estado o de las personas confiadas a su car-

tos de la organización, no tendrá voto en la Asamblea General cuando la suma adeudada sea por los dos años anteriores completos. La Asamblea General podrá, sin embargo, permitir que dicho Miembro vote si llegare a la conclusión de que la mora se debe a circunstancias ajenas a la voluntad de dicho miembro" (cursiva añadida). Sobre este artículo, véase B. SIMMA (Ed.), *The Charter of the United Nations*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 327-339; J.-P., COT y A. PELLET, *La Charte des Nations Unies*, Paris, Economica, 1991, pp. 395-401.

(18) ORAA, *supra* nota 7, p. 221; SALMON, *supra* nota 6, pp. 116 y 122.

(19) Igualmente, la legítima defensa; véanse los arts. 20 a 27 del Proyecto de la CDI.

(20) Art. 26 del Proyecto de la CDI; véase OKOWA, *supra* nota 6, pp. 398-403.

(21) GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y SÁENZ DE SANTA MARÍA, *supra* nota 6, p. 359.

(22) De esta manera, el art. 26.2 del Proyecto de la CDI establece tres causas en virtud de las cuales no cabe alegar el estado de necesidad: a) si la obligación internacional de que se trate dimana de una norma imperativa de derecho internacional general; o b) si la obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o c) si el Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

(23) En este sentido BROWNLIE, *supra* nota 6, p. 468; véase OKOWA, *supra* nota 6, pp. 398-403.

go. Otra de las diferencias entre esta causa y la fuerza mayor radicaría en la posibilidad de optar, pero una vez más se trataría de una circunstancia teórica, ya que si lo que está en peligro es la vida, la capacidad de elección no sería "más que aparente"<sup>(24)</sup>. Como en el caso de la fuerza mayor y el estado de necesidad, no cabe su invocación si el Estado en cuestión ha contribuido a que se produzca la situación de peligro extremo o si era probable que el comportamiento de que se trata originara un peligro comparable o mayor<sup>(25)</sup>.

#### 4. Aplicación de la fuerza mayor en el contexto internacional

La jurisprudencia internacional se ha visto confrontada con regularidad con alegaciones de fuerza mayor con el fin de justificar la exclusión de la correspondiente responsabilidad estatal. En determinadas circunstancias no han existido dificultades para admitir su aplicación. Así, en el asunto relativo a las reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos, HUBER aceptó el principio de que el Estado no es responsable por los daños causados por los motines populares, los movimientos insurreccionales y las guerras, ya que, en su opinión, son precisamente éstas las situaciones en las que la inseguridad es especialmente mayor y en las que la protección judicial se hace más problemática: "Parece indiscutible que el Estado no es responsable por el hecho de que haya un motín, un movimiento insurreccional, una guerra civil o una guerra internacional, ni por el hecho de que estos acontecimientos ocasionen daños en su territorio. Puede que sea más o menos posible probar errores cometidos por el gobierno, pero a menos que haya disposiciones concretas de un tratado o de un acuerdo que lo autorice, no es admisible la investigación necesaria para llegar a esta conclusión. Estos sucesos deben considerarse como casos de fuerza mayor"<sup>(26)</sup>. Sin embargo, incluso en situaciones de insurrección el Estado tiene la obligación de ejercer la debida diligencia, de tal forma que su responsabilidad sólo quedaría excluida si el daño producido no se hubiese podido evitar, a pesar de haberse utilizado toda la diligencia debida<sup>(27)</sup>. De hecho, HUBER señaló en el antedicho asunto que

(24) GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y SÁENZ DE SANTA MARÍA, *supra* nota 6, p. 357. El tenor del art. 25.1 del Proyecto de la CDI también señala: "no tenía razonablemente otro medio".

(25) Art. 24.2.a) del Proyecto de la CDI.

(26) El texto se transcribe de O. CASANOVAS Y LA ROSA, *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*, Cuarta edición, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 483-489 y 485.

(27) R. PISSILLO-MAZZESCHI, "The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States", *German Yearbook of International Law*, n. 32, 1998, pp. 21-51 y 45.

el principio de la falta de responsabilidad no excluye en modo alguno el deber de ejercer "cierta vigilancia"<sup>(28)</sup>. De esta manera un Estado puede no ser responsable de los acontecimientos revolucionarios en sí mismos, pero sí por lo que las autoridades hayan hecho o hayan dejado de hacer para evitar, en la medida de lo posible, sus efectos.

El ámbito de la fuerza mayor también presenta algunas diferencias. Para determinados autores se circunscribiría, sobre todo, a los supuestos de catástrofes naturales<sup>(29)</sup>. Para otros sectores de la doctrina internacional, la fuerza mayor es aplicable también a los casos de guerra y de insurrección<sup>(30)</sup>, como ya se ha señalado. Así como determinados eventos han sido aceptados como causas reales de fuerza mayor, caso del litigio sobre la reclamación de compensación solicitada por una compañía francesa propietaria de un faro requisado por el Gobierno griego pero ulteriormente destruido por fuerzas turcas<sup>(31)</sup>, en otros litigios, la jurisprudencia internacional se ha mostrado contraria a aceptar tal alegación. De esta manera, el asunto *Rainbow Warrior*, relativo al hundimiento del buque insignia de la organización ecologista Greenpeace, representa un ejemplo de los límites para invocar esta causa. Francia alegó que el traslado de dos agentes franceses de una isla bajo soberanía de Nueva Zelanda, sin consentimiento de este Estado, constituía un supuesto de fuerza mayor. Este tesis no fue aceptada por el tribunal arbitral que señaló que sólo era posible invocar la fuerza mayor en el caso de que al Estado le fuese absolutamente imposible cumplir con sus obligaciones internacionales. Por tanto, el hecho de que tales obligaciones resulten más difíciles o impliquen una mayor carga no da paso a la aplicación de la causa de exoneración de la fuerza mayor. Esta visión estricta de la fuerza mayor se ha aplicado también en litigios de carácter monetario de falta de pago por parte de Estados tras la primera guerra mundial, manteniéndose por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional que no cabe su invocación salvo que la guerra hubiese hecho sea materialmente imposible dichos pagos<sup>(32)</sup>.

(28) El texto se transcribe de CASANOVAS Y LA ROSA, *supra* nota 26, p. 486

(29) ORÁA, *supra* nota 7, p. 220.

(30) BROWNLIE, *supra* nota 6, p. 468.

(31) "[L]e préjudice constitué par l'impossibilité pour la Grèce de remettre à la société le phare dans le même état a été causé non par la main-mise de la Grèce, mais par le bombardement qui l'a fortement endommagé, bombardement constituant un cas de force majeure qui l'aurait atteint alors même qu'il serait resté aux mains de la société et dont la Grèce ne peut être considérée comme responsable." El texto se ha tomado de SALMON, *supra* nota 6, pp. 105-106.

(32) El Tribunal Permanente de Arbitraje se manifestó en estos términos (1929): "On ne saurait prétendre que la guerre elle-même, quelque graves qu'aient été ses conséquences

### III. LA FUERZA MAYOR EN DERECHO COMUNITARIO<sup>(\*\*)</sup>

#### 1. Sobre la posible incidencia de la doctrina de Derecho internacional

Como antes se ha señalado, la fuerza mayor no aparece mencionada en los Tratados constitutivos<sup>(33)</sup>. Una primera cuestión a plantearse sería si los Estados miembros se encuentran habilitados para invocarla con fundamento en el Derecho internacional y la doctrina antes examinada<sup>(34)</sup>. Sin embargo, tanto el Tratado como la jurisprudencia del TJCE vendrían a mantener una postura negativa. Por una parte, el art. 292 TCE señala que los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación del Tratado a un procedimiento de solución distinto de los previstos en el mismo Tratado. Es decir, el TCE ya prescribe que es su propio sistema de resolución de conflictos el que ha de aplicarse cuando exista una controversia en la que esté involucrado el Derecho comunitario. De la jurisprudencia del TJCE se desprende que el sistema comunitario también impide alegar causas de exclusión de la responsabilidad derivadas del Derecho internacional, como sería el caso de la fuerza mayor. Una serie de asuntos en los que se ha asentado una línea argumental coherente han vedado a los Estados miembros la posibilidad de adoptar medidas unilaterales, medidas correctivas o de defensa, destinadas a evitar un incumplimiento de las reglas del Tratado por otro Estado miembro. El TJCE ya tuvo la oportunidad de manifestarse en este sentido en *Comisión v. Luxemburgo*

économiques, ait juridiquement affecté les obligations nées des contrats conclu entre le gouvernement serbe et les porteurs français, les bouleversements économiques provoqués par la guerre n'ont pas libéré l'Etat débiteur, bien qu'ils puissent comporter des considérations d'équité qui, sans doute, seront examinées comme il convient lors des négociations". En similar sentido en relación con el asunto *Sociedad Comercial de Bélgica* (1928): "Il est de principe que la force majeure, pour libérer le débiteur, doit avoir pour effet de le mettre dans l'impossibilité de remplir l'obligation qui lui incombe. Il ne suffit pas que l'événement invoqué comme cas fortuit sans en empêcher l'exécution, la rende seulement plus onéreuse". Los textos se han tomado de SALMON, *supra* nota 6, pp. 106 y 107, respectivamente.

(\*\*) En el caso de las citas literales de sentencias o de opiniones de los Abogados Generales anteriores a 1986 se ha utilizado la versión en francés de las mismas, ante la falta de traducción oficial al castellano.

(33) Véase, sin embargo, *supra* nota 5. Considérese también el art. 297 TCE (anterior art. 224) que señala que: "Los Estados miembros se consultarán a fin de adoptar de común acuerdo las disposiciones necesarias para evitar que el funcionamiento del mercado común resulta afectado por las medidas que un Estado miembro pueda verse obligado a adoptar en caso de graves disturbios internos que alteren el orden público, en caso de guerra o de grave tensión internacional que constituya una amenaza de guerra, o para hacer frente a las obligaciones contraídas por el mismo para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional".

(34) *Supra* epígrafe II.1.

y Bélgica, asuntos acumulados 90 y 93/63<sup>(35)</sup>. Frente a las alegaciones de los demandados de que el Derecho internacional dispensaba a la parte perjudicada, por el incumplimiento de las obligaciones que incumbían a otro Estado miembro, de ejecutar aquéllas que le correspondían<sup>(36)</sup>, el TJCE salió al paso situando en primer lugar el carácter distintivo del ordenamiento comunitario frente al internacional, aspecto éste ya indicado en el paradigmático asunto *Van Gend en Loos*<sup>(37)</sup>: "le traité ne se borne pas à créer des obligations réciproques entre les différents sujets auxquels il s'applique, mais établit un ordre juridique nouveau qui règle les pouvoirs, droits et obligations desdits sujets, ainsi que les procédures nécessaires pour faire constater et sanctionner toute violation éventuelle; (...) en dehors des cas expressément prévus, l'économie du traité comporte interdiction pour les États membres de se faire justice eux-mêmes; (...) l'inexécution des obligations incombant au conseil ne saurait donc être de nature à dispenser les défendeurs de l'exécution de leurs obligations". Por ello, el derecho de actuar de forma unilateral sólo se reconoce en virtud de una cláusula especial y precisa<sup>(38)</sup>.

Esta tesis, que se repite en otros asuntos<sup>(39)</sup>, implica, por tanto que las obligaciones que incumben a los Estados miembros no puedan estar sujetas, de manera general, a lo prescrito en el Derecho internacional (v.g., principio *tu quoque*), o a concepciones nacionales de sus intereses<sup>(40)</sup>, sobre todo por lo que respecta a la exoneración del cum-

(35) (1964) REC 625.

(36) Véase el art. 60 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

(37) Asunto 26/62 (1963) REC 1, p. 23.

(38) *Costa v. Enel*, asunto 6/64 (1964) REC 1141, p. 1159.

(39) *Defrenne v. Sabena*, asunto 43/75 (1976) REC 455, apts. 33 y 34, respectivamente: "[L]'efficacité de cette disposition [art. 119] ne saurait être affectée par la circonstance que l'obligation imposée par le traité n'a pas été tenue par certains États membres et que les institutions communes ont insuffisamment réagi contre cet état de carence, qu'admettre le contraire risquerait d'ériger la violation du droit en règle d'interprétation, position que la Cour ne saurait prendre sans se mettre en contradiction avec la mission, que lui est assignée par l'article 164 du traité." *Comisión v. Francia*, asunto 232/78 (1979) REC 2729, apt. 9: "En aucun cas, un État membre ne saurait s'autoriser à prendre, unilatéralement, des mesures correctives ou des mesures de défense, destinées à obvier à une méconnaissance éventuelle, par un autre État membre, des règles du traité."

(40) *Comisión v. Reino Unido*, asunto 128/78 (1979) REC 419, apt. 12, cursiva añadida: "qu'en permettant aux États membres de profiter des avantages de la Communauté, le traité leur fait (...), aussi l'obligation d'en respecter les règles; que le fait, pour un État, de rompre unilatéralement, selon la conception qu'il se fait de son intérêt national, l'équilibre entre les avantages et les charges dérivant de son appartenance à la Communauté, met en cause l'égalité des États membres devant le droit communautaire et crée des discriminations a charge de leurs ressortissants; que ce manquement aux devoirs de solidarité acceptés par les États membres du fait de leur adhésion à la Communauté affecte jusqu'aux bases essentielles de l'ordre juridique communautaire."

plimiento de los deberes que impone el Derecho comunitario<sup>(41)</sup>. El origen de estos asuntos tiene su fundamento, por tanto, en una de las características esenciales de este ordenamiento, a saber, su autonomía<sup>(42)</sup> respecto del Derecho internacional (y del estatal)<sup>(43)</sup>, de tal manera que su primacía no se deba buscar más allá de él mismo<sup>(44)</sup>. Este rechazo de determinados principios generales del Derecho internacional en el ámbito comunitario encuentra su lógica si se consideran algunas de las diferencias entre las Comunidades y las organizaciones internacionales clásicas. Así, el hecho de que la dinámica del Tratado se fundamente en un carácter descentralizado en cuanto a su ejecución, implica que se deban aplicar principios estrictos de control que eviten caer en los imperfeccionismos del Derecho internacional. De ahí la frecuente referencia a la existencia no de dos ordenamientos (comunitario y estatal), sino de uno integrado por ambos.

La conclusión antes señalada se puede derivar igualmente del art. 297 TCE (anterior art. 224) que exige a los Estados miembros la consulta entre ellos "con el fin de adoptar de común acuerdo las disposiciones necesarias para evitar que el funcionamiento del mercado común resulte afectado por las medidas que un Estado miembro pueda verse obligado a adoptar en caso de graves disturbios internos que alteren el orden público, en caso de guerra o de grave tensión internacional que constituya una amenaza de guerra, o para hacer frente a las obligaciones contraídas por el mismo para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional." Es cierto que algunas de las situaciones que enumera esta disposición pueden tener cabida en causas de fuerza mayor. De hecho, el Abogado General COSMAS ha señalado en el asunto C-423/98 que, a diferencia de las demás cláusulas de salvaguardia, su aplicación "parece imposible en condiciones normales y sólo puede plantearse en circunstancias extremas"<sup>(45)</sup>. Con todo, es de

(41) Aspecto reiterado en la jurisprudencia del TJCE: "[U]n Estado miembro no puede sentirse autorizado para adoptar unilateralmente medidas correctoras o de defensa para prevenirse contra un posible incumplimiento, por parte de otro Estado miembro, de las normas del Derecho comunitario." *Lomas*, asunto C-5/94 (1996) REC I-2553, apt. 20.

(42) *Costa v. Enel*, asunto 6/64 (1964) REC 1141; véase, A. MANGAS MARTÍN y D. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Segunda edición, Madrid, McGrawHill, 1999, pp. 197-199; J. PALACIO GONZÁLEZ, *El Sistema Judicial Comunitario*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1996, pp. 38-42.

(43) Es jurisprudencia reiterada del TJCE que un Estado miembro no puede ampararse en "disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones resultantes del Derecho comunitario"; *Comisión v. Bélgica*, asunto C-74/89 (1990) REC I-491, cursiva añadida.

(44) D. SYMON, *Le Système Juridique Communautaire*, Paris, PUF, 1997, p. 258.

(45) Apt. 23 de sus Conclusiones.

destacar que el objetivo del art. 297 TCE es que no quede afectado el "mercado común" y, en consecuencia, las libertades esenciales que, mediante el mismo (art. 2 TCE) se han de garantizar.

## 2. Sobre la noción de fuerza mayor en la jurisprudencia del TJCE

Por lo que respecta a la jurisprudencia del TJCE, una serie de sentencias vienen sosteniendo, con algunos matices (no dramáticos), que el concepto de fuerza mayor debe interpretarse en el sentido de circunstancias ajenas al operador interesado, anormales e imprevisibles, cuyas consecuencias no hubieran podido evitarse ni siquiera con la mayor diligencia observada<sup>(46)</sup>. En algunos asuntos el TJCE ha incidido en otros aspectos, adoptando lo que la doctrina ha considerado como interpretación estricta de la fuerza mayor<sup>(47)</sup>. Así, en el asunto 42/79<sup>(48)</sup>, precisó que el concepto de fuerza mayor debe interpretarse en el sentido de una imposibilidad absoluta debida a circunstancias anormales y ajenas al operador económico, y cuyas consecuencias sólo podrían haberse evitado a costa de sacrificios excesivos a pesar de haberse observado la diligencia debida<sup>(49)</sup>. No obstante, el TJCE ha indicado que la noción de fuerza mayor apunta esencialmente a circunstancias extrañas que hacen imposible la realización del hecho en cuestión. Incluso si no presupone una imposibilidad absoluta, exige, sin embargo, que se trate de dificultades anormales, independientes de la voluntad de la persona, y que resulten inevitables incluso si se ha desplegado toda la diligencia posible<sup>(50)</sup>. Con todo, como ha señalado el propio TJCE, la definición común que él ha mantenido presenta "suficiente flexibilidad" respecto de varios aspectos, a saber, la

(46) *Theodorakis*, asunto 109/86 (1987) REC 4319, apt. 7.

(47) THOMPSON, *supra* nota 4, pp. 260-261.

(48) Asunto 42/79, *Milch-, Fest-und Eierkontor* (1979) REC 3703.

(49) Asunto 42/79, apt. 9. En similares términos se manifestó el TJCE en *Valsabbia*, asuntos acumulados 154, 205, 206, 226 a 228, 263 y 264/78, 39, 31, 83 y 85/79 (1980) REC 907, apt. 140: "la reconnaissance d'un cas de force majeure suppose que la cause extérieure invoquée par des sujets de droit ait des conséquences irrésistibles et inévitables au point de rendre objectivement impossible pour des personnes concernées le respect de leurs obligations et, en l'espèce, de ne leur laisser d'autre alternative que celle de violer la décision 962/77/CECA" (cursiva añadida).

(50) *Busseni*, asunto 284/82 (1984) REC 557, apt. 11; esta doctrina se ha reiterado en ulteriores asuntos, *Kampffmeyer*, asunto 158/73 (1974) REC 101, *Theodorakis*, asunto 109/86 (1987) REC 4319, apt. 7; *Inter-Kom Emboriki*, asunto 71/87 (1988) REC 1979, apt. 16; *An Bord Bainne Co-operative*, asunto C-124/92. (1993) REC I-5061, apt. 11; *Transáfrica SA*, asunto C-136/93 (1994) REC I-5757, apt. 14. Sin embargo, la referencia a la "imposibilidad absoluta" se mantiene en *Corman*, asunto 125/83 (1985) RE 3039, apt. 28.

naturaleza del acontecimiento invocado, la diligencia a emplear para hacer frente al mismo, así como a la magnitud de los sacrificios que habrían tenido que llevarse a cabo<sup>(51)</sup>.

Tres puntualizaciones adicionales son necesarias en este momento: Por una parte, la jurisprudencia comunitaria<sup>(52)</sup>, al igual que las disposiciones de Derecho derivado, no establecen una distinción entre los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito, englobando a ambos en un mismo sentido<sup>(53)</sup>. Segundo, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia del TJCE, la fuerza mayor tiene como efecto librar al interesado de determinadas consecuencias jurídicas que una norma vincula a la no realización de un hecho o al incumplimiento de una obligación. No obstante, lo que no cabe por la vía de la fuerza mayor es otorgar a dicho interesado un derecho no previsto por la legislación aplicable, sino sólo la exención del cumplimiento de una determinada obligación<sup>(54)</sup>. Tercero, es de destacar que el TJCE ha venido a adoptar una noción comunitaria de dicho concepto, sin tener que deducirla necesariamente de los sistemas jurídicos de los Estados miembros. De hecho, como señaló el Abogado General GAND en el asunto *Schwarzwaldmilch*<sup>(55)</sup>, frente a la tesis de la Comisión, el TJCE no ha de atender a los principios generales de los ordenamientos estatales, como sí ocurre en el supuesto del art. 288 TCE (anterior art. 125)<sup>(56)</sup>.

(51) *Internationale Handelsgesellschaft*, asunto 11/70 (1970) REC 1125, apt. 23.

(52) *Bayer AG*, asunto C-195/91P (1994) REC I-5619, apt. 32.

(53) Éste se sitúa en línea con el Derecho romano clásico que tampoco distinguía entre ambos conceptos; véase F. PUIG PEÑA, "Caso Fortuito", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Seix, 951, T. III, 760-761; E. GÓMEZ CALLE, "Caso Fortuito", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, T. I, pp. 949-950. Téngase en cuenta, no obstante, que a los efectos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (arts. 139-146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), el Tribunal Supremo distingue entre ambos supuestos. De esta manera la STS de 11 de mayo de 1999, Ar. 4917 señala que la fuerza mayor no sólo exige que obedezca a un acontecimiento que sea imprevisible e inevitable, como el caso fortuito, sino también que tenga su origen en una fuerza irresistible extraña al ámbito de actuación del agente, mientras que en el presente supuesto la infección origen del fallecimiento se produjo en el contexto de un acto de asistencia sanitaria, como es el de la administración de una inyección intramuscular, y, cualquiera que sea el grado de previsibilidad sobre la existencia o no de gérmenes nocivos que inopinadamente pudieran ser inoculados durante la admisión de la misma, su presencia en el establecimiento sanitario y su entrada indeseada en el cuerpo del fallecido no puede considerarse como producto de la intervención de acontecimientos exteriores o extraños al propio funcionamiento del servicio, una de cuyas funciones es precisamente la de velar eficazmente por la asepsia, evitando que la presencia de gérmenes nocivos en el recinto de los establecimientos sanitarios pueda originar daños a quienes son atendidos en ellos con el fin de restablecer su salud.

(54) *Erpelding*, asunto 84/87 (1988) REC 2649, apt. 20.

(55) Asunto 4/68 (1968) REC 549.

(56) Asunto 4/68, pp. 570-571.

Ahora, por lo que se refiere a la responsabilidad de la Comunidad, la fuerza mayor podría invocarse como causa de exoneración, por derivación de los sistemas estatales en esta materia<sup>(57)</sup>.

### 3. Elementos constitutivos de la fuerza mayor y consideración jurisprudencial

El concepto de fuerza mayor presenta una doble vertiente, apreciada por los Abogados Generales<sup>(58)</sup> como por el TJCE<sup>(59)</sup>. De acuerdo con esta postura, dicha noción se puede desdoblar en dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo.

#### A) Elemento objetivo

Este hace referencia a las circunstancias ajenas (y anormales) a aquél que invoca la fuerza mayor como justificación del incumplimiento de su obligación. Este carácter "ajeno" implica que el operador económico no tenga ninguna facultad para intervenir en aquellas actividades que hayan dado lugar al incumplimiento de las obligaciones que le corresponden. Desde una perspectiva teórica este concepto no plantearía mayores problemas. Por tanto, una situación de fuerza mayor se produciría como consecuencia de un hecho que, en cualquier caso, es externo al ámbito de disposición de aquél, como podría ser la pérdida de un documento por parte de una Administración pública<sup>(60)</sup>, o la confianza en una autoridad aduanera competente<sup>(61)</sup>. No

(57) El TJCE ya se refirió a la fuerza mayor en *Sayag v. Leduc*, asunto 99/69 (1969) REC 329, apt. 11, si bien como circunstancia que podría dar lugar a la responsabilidad de la Comunidad: "que seulement en cas de force majeure ou de circonstances exceptionnelles si impérieuses que sans l'utilisation par l'agent d'un moyen de transport personnel la Communauté n'aurait pu exécuter les missions qui lui sont confiées, cette utilisation pourrait être considérée comme constituant l'exercice par l'agent de ses fonctions, au sens de l'article 188, alinéa 2, du Traité." No obstante, lo dicho no evitaría una alegación de una causa constitutiva de fuerza mayor.

(58) Véanse las Conclusiones del Abogado General LENZ en el asunto C-50/92, *Molkerei-Zentrale* (1993) REC I-1035.

(59) Expresamente reconocido por el TJCE en *Bayer AG*, asunto C-195/91P (1994) REC I-5619, apt. 32.

(60) En este sentido se manifiesta el Abogado General LENZ en *Denkavit France*, asunto 266/84 (1986) REC 149, p. 1588: "Cuando un documento oficial es perdido por las autoridades, se trata sin duda de una circunstancia ajena al operador. Tras el despacho de aduanas de la mercancía por el despacho de aduana de salida, el operador ya no tiene un efectivo poder de disposición sobre el ejemplar de control." Sin embargo, el Abogado General negó que la pérdida de un documento oficial tuviese el carácter de anormal, debido al gran número de operaciones de exportación que involucran dichos documentos.

(61) Véase *Corman*, asunto 125/83 (1985) REC 3039, apt. 29.

obstante, el hecho de que este elemento no suscite mayores dificultades en la jurisprudencia del TJCE no implica que el test de la fuerza mayor quede completo, ya que es preciso considerar la segunda parte del mismo, esto es, si el evento en cuestión era imprevisible y si el interesado puso la debida diligencia. Por otra parte, el carácter "anormal" hace referencia a un acontecimiento considerado imprevisible o, cuando menos, tan inusual, que debiera ser considerado improbable por un operador prudente y diligente<sup>(62)</sup>.

#### B) Elemento subjetivo

El segundo elemento que se distingue para determinar un supuesto de fuerza mayor es el relativo a la observancia de la diligencia debida frente a un acontecimiento enteramente "anormal". De esta manera, las circunstancias de fuerza mayor deben ser inevitables<sup>(63)</sup>, aun en el caso de haberse desplegado toda la diligencia que se podía esperar en ese supuesto<sup>(64)</sup>. A pesar de que el TJCE utiliza distintos términos a la hora de referirse a este aspecto, "la mayor diligencia observada"<sup>(65)</sup>, "la máxima diligencia"<sup>(66)</sup>, "toda la diligencia empleada"<sup>(67)</sup>, "utilizada"<sup>(68)</sup>, "útil"<sup>(69)</sup> o "medidas adecuadas"<sup>(70)</sup>, se desprende una equivalencia entre los mismos, que, en todo caso, habrán de ser considerados bajo el prisma del principio de proporcionalidad en cada supuesto concreto<sup>(71)</sup>. Es, por esto, que el TJCE haya hecho alusión en diversas sentencias a que las circunstancias imprevisibles sólo se podrían haber evitado "a costa de sacrificios excesivos", que obviamente excederían del cuidado normal que se podría haber aplicado.

(62) Asunto 4/68, p. 563. En este sentido el art. 1105 CC; véase J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *La Fuerza Mayor como Causa de Extinción y Suspensión del Contrato de Trabajo*, Madrid, Civitas, 1993, en especial pp. 54-78.

(63) Véase *Jensen*, asunto 199/87 (1988) REC 5045, apt. 22.

(64) La carga de la prueba corresponde a quien alegue la existencia de fuerza mayor; véase, entre otros, *Misser*, asunto 152/85 (1987) REC 223; *Pomar*, asunto 317/85 (1987) 2467.

(65) Asunto C-50/92 (1993) REC 1035, apt. 11.

(66) *McNicholl*, asunto 296/86 (1988) REC 1491, apt. 11.

(67) *Danske Slagterier*, asunto C-338/89 (1991) REC I-2315, apt. 16.

(68) *Denkavit France*, asunto 266/84 (1986) REC 149, apt. 27.

(69) Asunto 4/68 (1968) REC 549, p. 562.

(70) Asunto C-195/91P (1994) REC I-5619, apt. 32.

(71) Sobre este principio puede verse, G. DE BURCA, "Proportionality and Subsidiarity as General Principles of Law", en U. BERNITZ y J. NERGELIUS, *General Principles of European Community Law*, The Hague, Kluwer, 2000, pp. 95-112; N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law*, London, Kluwer, 1996, pp. 115 et seq.; y pp. 195 et seq.; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, Oxford, OPU, 1999, en especial, pp. 89-108.

### C) Aplicación judicial del test de la fuerza mayor y grados de diligencia

El empleo jurisprudencial de estos dos elementos que componen el test de control de la fuerza mayor suscita algunas cuestiones de interés, sobre todo en lo relativo a la determinación de la debida diligencia frente a un hecho imprevisible, ya que como se ha señalado, el criterio de lo externo o de lo ajeno generalmente no ha planteado mayores dificultades. En este punto, se puede observar en la jurisprudencia del TJCE un distinto tratamiento de las relaciones entre un operador privado y la Administración correspondiente, por una parte, y entre particulares, por otra<sup>(72)</sup>. En el primer caso, las posibilidades de una invocación satisfactoria de la fuerza mayor pueden resultar mayores porque, como ha expuesto el Abogado General LENZ, a diferencia de lo que sucede en las operaciones de Derecho privado con sus contratantes y subcontratantes, generalmente el interesado no puede influir en la ordenación de las relaciones jurídicas entre él mismo y la Administración. La causa sería sencilla, ya que el primero está sujeto a normas objetivamente aplicables y porque resulta lógico confiar en que la Administración cumpla sus obligaciones<sup>(73)</sup> (de ahí también la presunción, *iuris tantum*, de validez de sus actos)<sup>(74)</sup>. Este aspecto ha sido considerado por el TJCE en el asunto *Molkerei-Zentrale*<sup>(75)</sup>, en el que se sustentaba la pérdida de una fianza constituida por el demandante para transformar mantequilla, a consecuencia de un retraso imputable a la administración de un Estado miembro. Para el TJCE, la demora con que la Administración de ese país había actuado constituía una circunstancia ajena al interesado, en la medida en que éste no tenía ninguna facultad para intervenir en tales operaciones<sup>(76)</sup>. Precizando esta cuestión un poco más, el Tribunal señaló: "El requisito relativo al carácter anormal e imprevisible de las circunstancias que dan lugar a consecuencias perjudiciales para el operador económico se cumple cuando, en el marco de un régimen de gestión de los mercados agrícolas, el comportamiento de una Administración, a cuyos servicios debe recurrir obligatoriamente el operador económico, sitúa a este último en la imposibilidad de cumplir las obligaciones que le impone la normativa comunitaria"<sup>(77)</sup>.

(72) Respecto a las relaciones entre un Estado miembro y la Comunidad, véase el epígrafe III.5.2, *infra*.

(73) Asunto 50/92 (1993) REC I-1035, apt. 26 de sus Conclusiones.

(74) Véase, por ejemplo, *Consorzio Cooperativa d'Abruzzo* (1987) REC 1005, apt. 10.

(75) Asunto C-50/92 (1993) REC I-1035.

(76) Asunto C-50/92 (1993) REC I-1035, apt. 12.

(77) Asunto C-50/92 (1993) REC I-1035, apt. 13.

En el caso de relaciones entre operadores privados la posición del TJCE ha sido habitualmente contraria a aceptar la existencia de un supuesto de fuerza mayor para justificar el incumplimiento de determinadas exigencias, en el supuesto de que la otra parte contratante incumpla las obligaciones que le corresponden frente a otra. El TJCE no ha negado que dicha circunstancia sea "ajena"<sup>(78)</sup>. Sin embargo, a los efectos de satisfacer el test completo que requiere la definición de fuerza mayor, el Tribunal ha negado la existencia de imprevisibilidad. La razón que subyace en este razonamiento es que tales acontecimientos forman parte del riesgo comercial habitual en estas operaciones y, por tanto, incumbe a la parte que sí cumplimentó sus obligaciones adoptar las precauciones adecuadas (la debida diligencia), bien mediante la inclusión en el contrato de las cláusulas pertinentes, bien mediante un seguro específico que cubra tales eventualidades. En este punto, el TJCE se ha fundado en la libertad de contratación para negar que el incumplimiento de la otra parte pueda llegar a considerarse como un hecho ajeno con relevancia a los efectos de determinar un caso de fuerza mayor<sup>(79)</sup>. Esto ha dado como resultado que supuestos como la reimportación fraudulenta en la Comunidad, si bien externa a la voluntad del exportador, no se conciba por el TJCE como imprevisible en las relaciones contractuales. Ni la buena fe del exportador ni la falta de participación en el fraude tampoco pueden tenerse en cuenta a los efectos de determinar que se puso la diligencia requerida, ya que el exportador puede asegurarse mediante las correspondientes cláusulas contractuales<sup>(80)</sup>. Tampoco satisfacen el test de la debida diligencia los supuestos en los que un comprador inicial encomiende a un tercero las labores de exportación de una mercancía agrícola o de que este tercero, a su vez, concierte un contrato de transporte con una cuarta persona a los efectos de la exportación. En dichos casos, el TJCE ha entendido que el comprador inicial de los productos agrícolas objeto de intervención es responsable de cualquier comportamiento doloso o acto negligente llevado a cabo por dichos terceros, sin que tales circunstancias puedan considerarse como imprevisibles en las relaciones comerciales<sup>(81)</sup>.

En ocasiones, el TJCE ha centrado su atención casi directamente en la circunstancia de la diligencia para desestimar tales alegaciones.

(78) Véase *Theodorakis*, asunto 109/86 (1987) REC 4319, apt. 7.

(79) Tesis compartida por los Abogados Generales, véanse las Conclusiones de Sir Gordon SLYNN en *Theodorakis*, asunto 109/86 (1987) REC 4319.

(80) *Boerlux*, asunto C-347/93 (1994) REC I-3933, apt. 35.

(81) Esta posición se encuentra en el Derecho romano, bajo el deber de custodia; véase P. JÖRS y W. KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, Barcelona, Labor, 1937, pp. 250-251 (traducción de Prieto Castro).

Esto se aprecia en *Cladakis*<sup>(82)</sup>, un supuesto relativo a la presentación extemporánea de un recurso ante el TJCE, por parte de un funcionario griego en período de pruebas, en el que se alegaba que las disposiciones del Estatuto de los funcionarios en materia de plazos judiciales no se podían oponer al demandante, porque en el momento de presentación del recurso no se había establecido una versión helénica auténtica de dicho Estatuto. Para rechazar el carácter de fuerza mayor de este hecho, sobre el que el TJCE ni siquiera entró a considerar su naturaleza ajena al demandante, el Tribunal precisó que los textos en cuestión se encontraban disponibles en otras lenguas oficiales de la Comunidad, de las que al menos una debía ser conocida por aquél. A esto se unía el hecho de que Cladakis había elegido el francés como lengua de procedimiento y que su abogado había solicitado los servicios de un colega belga<sup>(83)</sup>. Aunque el TJCE no hizo referencia expresa a la falta de diligencia, se desprende con facilidad que no podía concurrir una causa de fuerza mayor y que, en todo caso, el demandante, no había puesto la diligencia requerida para evitar las posibles consecuencias derivadas de la ausencia de versión helénica de los textos objeto de litigio. El asunto también pone de manifiesto que el TJCE utiliza diversidad de evidencias para desbaratar la alegación de fuerza mayor que, en todo caso, incumbe a quien la invoque en su defensa.

En otros asuntos el TJCE ha rechazado la alegación de la existencia de fuerza mayor porque, a pesar de concurrir el elemento objetivo, esto es una causa externa, v.g., la pérdida por una Administración de un documento confirmatorio de una exportación, no se había utilizado un procedimiento especial dirigido precisamente a este caso, mediante el cual se podía solicitar al organismo competente una solicitud de equivalencia. Habiéndose descuidado esta posibilidad, expresamente establecida por la norma comunitaria, el operador no podía escudarse en la fuerza mayor, a pesar de estar prevista en la norma reguladora de las exportaciones de los productos agrícolas correspondientes<sup>(84)</sup>. Habría que destacar de este asunto que el Abogado General LENZ consideró, para rechazar la existencia de fuerza mayor, que la pérdida de un documento oficial que circula por una Administración no podía considerarse como "improbable", debido a la gran cantidad de operaciones que éstas realizan en materia de política agrícola, aunque sí "lamentable desde el punto de vista administrativo"<sup>(85)</sup>.

(82) Asunto 276/85 (1987) REC 495.

(83) Apt. 12.

(84) *Denkavit Francia*, asunto 266/84 (1988) REC 149, p. 158.

(85) Asunto 266/84, p. 158 de sus Conclusiones.

La adopción de medidas de precaución impuestas por un adjudicatario de productos agrícolas a terceros subcontratantes para evitar el incumplimiento de las obligaciones contraídas con una agencia de intervención no siempre resulta suficiente para superar el test de la debida diligencia. De esta manera, el TJCE señaló en *Corman* que el establecimiento de una fecha anterior a aquella en que finalizaba el plazo para cumplir con la transformación de los productos adquiridos "*n'épuise pas toutes les mesures possibles pour se prémunir contre l'éventualité du non-respect par les acheteurs ultérieurs de leurs obligations.*" "En effet, l'adjudicataire diligent peut utiliser plusieurs moyens, comme, par exemple, l'exigence d'une caution ou d'une clause d'indemnité dans le contrat de vente, pour éviter le non-respect par les acheteurs ultérieurs de leurs obligations"<sup>(86)</sup>. Sin embargo, en algún asunto se desprende la exigencia de un nivel más laxo de diligencia, frente a las consecuencias de un naufragio, como ocurrió en el asunto *Union Française de Céréales*<sup>(87)</sup>, ejemplo de aplicación analógica de la fuerza mayor, como se analiza posteriormente. Interesa ahora destacar de la sentencia que el TJCE sostuvo que el rechazo a reintegrar al exportador los montantes compensatorios iba a comportar una pérdida real, de tal forma que el seguro contratado sólo cubriría el valor de la mercancía en función del precio aplicable en el país de importación y no de acuerdo con el precio, más elevado, del país de exportación. De acuerdo con el TJCE: "*s'il était admis que l'exportateur devait supporter cette perte, ou qu'il devait s'assurer contre ce risque, il se serait trouvé dans une situation concurrentielle défavorable pour rapport à un vendeur d'un pays tiers*"<sup>(88)</sup>.

#### D) Diligencia y previsibilidad de cambios normativos

Esta posición estricta del TJCE no ha quedado sin contestación, sobre todo en supuestos en los que la previsibilidad de un cambio de las condiciones de la exportación de un producto ha sido muy limitada. El asunto *An Bord Bainne Co-Operative Ltd y Compagnie Inter-Agra SA*<sup>(89)</sup>, tiene interés a estos efectos debido a que se trataba de una venta de aceite de mantequilla por parte de dos empresas al organismo comercial soviético. Una vez adjudicada la mantequilla y consti-

(86) *Corman*, asunto 125/83 (1985) REC 3039, apts. 30 y 29, respectivamente, cursiva añadida.

(87) Asunto 6/78 (1978) REC 1675.

(88) Asunto 6/78, apt. 4, cursiva añadida.

(89) *An Bord Bainne Co-Operative Ltd y Compagnie Inter-Agra SA*, asunto C-124/92 (1993) REC I-5061.

tuida la correspondiente garantía para la licitación a la que habían concurrido las empresas, éstas se encontraron, por una parte, con que las autoridades soviéticas habían modificado las características de calidad del producto sin previo aviso, impidiendo la exportación de la mantequilla a la Unión Soviética, y, por otra, que el organismo de intervención estatal, había decidido no liberar la garantía aportada por aquéllas en vista de que la mantequilla no se había exportado. En este supuesto no se trataba de una Administración perteneciente a un Estado miembro, como en el asunto *Molkerei-Zentrale*, antes reseñado, sino de un tercer Estado. A la hora de analizar el elemento "aje-no", el TJCE no dudó en declarar que la modificación de la legislación de un Estado tercero que regulaba la calidad de los productos importados en el mismo, causante de la imposibilidad de efectuar la exportación prevista, debía considerarse como tal circunstancia<sup>(90)</sup>. Sin embargo, esto no bastaba para sostener que, en realidad, se estaba ante un supuesto de fuerza mayor. Para el TJCE, los hechos del caso constituían un riesgo comercial habitual en el marco de las operaciones comerciales con un organismo de un tercer Estado, que se encontraba, además, directamente sometido al poder público de dicho Estado. De acuerdo con el razonamiento del TJCE "los agentes que participan en tales operaciones corren el riesgo de que el Estado del que depende el organismo de comercio de que se trate modifique posteriormente, mediante un acto soberano, la legislación que regula las importaciones de productos vendidos a dicho organismo." A pesar de que el TJCE ha sostenido que el libre ejercicio de una actividad profesional no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad<sup>(91)</sup>, el argumento avanzado en el asunto *Molkerei-Zentrale* resulta estricto. El hecho de que el organismo soviético pudiese modificar las características exigibles al producto que iba a ser importado no era objeto de discusión. De hecho, la alusión del TJCE al "acto soberano" parece venir a intentar reforzar un argumento debilitado. El problema era, como pusieron de manifiesto las demandantes, que dicha legislación no había sido objeto de modificación durante un plazo de tiempo en exceso largo (treinta años)<sup>(92)</sup> y, sobre todo, que se había efectuado sin previo aviso. Sin embargo, estas dos circunstancias no movieron al TJCE a aceptar la existencia de un supuesto de fuerza mayor. Acogiéndose a su doctrina habitual señaló: "Cuando participa en una operación comercial relativa a productos destinados a ser ven-

(90) Asunto C-124/92 92 (1993) REC I-5061, apt. 12.

(91) *Affish*, asunto C-183/95 (1997) REC I-4315, apt. 42.

(92) Apt. 14.

didos, en un Estado tercero, a un organismo [de un país de comercio de Estado], un operador prudente debe contar con la posibilidad de que se modifiquen las normas del Estado de importación que determinan los requisitos relativos a la calidad de los productos importados y de las cuales depende la ejecución de la operación, aun cuando dichas normas no hayan experimentado variaciones durante un largo período<sup>(93)</sup>. Para poner en evidencia la poca diligencia de los operadores, el TJCE indicó que la mantequilla obtenida en virtud del correspondiente Reglamento comunitario sólo podía ser objeto de exportación a la Unión Soviética, lo que obligaba a aumentar las precauciones.

La conclusión a la que llega la sentencia es criticable por el carácter muy formal que adopta. En este punto merece la pena reseñar algunas de las conclusiones del Abogado General GULMANN que, sin negar que las modificaciones adoptadas por las autoridades soviéticas por motivos de protección de la salud y de seguridad de los alimentos no podían considerarse como enteramente anormales<sup>(94)</sup>, sostuvo que lo adecuado habría sido que los operadores económicos hubiesen sido objeto de notificación (con anticipación) de los cambios a introducir en la materia, y de que se hubiesen adoptado medidas transitorias con el fin de proteger la confianza legítima de aquellos. A los efectos de determinar si las empresas demandantes se encontraban amparadas por el elemento subjetivo de la definición de fuerza mayor, el Abogado General mantuvo una postura más cercana a la realidad de los hechos al señalar dos aspectos de importancia: a) la posibilidad de precaverse contra el riesgo de pérdida de la garantía no podía excluir, de forma general, la posibilidad de invocar la fuerza mayor a quien había suscrito un acuerdo en el marco de las normas comunitarias, so pena de menoscabar la eficacia de esta cláusula; y b) la dificultad por parte de los operadores económicos de conseguir que las personas con las que se contratase aceptasen la obligación de correr con el riesgo inherente al supuesto de fuerza mayor. De esta manera, según GULMANN, no podían ignorarse las dificultades de contratar seguros que cubriesen los siniestros debidos a fuerza mayor. En todo caso, se desprende de la jurisprudencia del TJCE que el criterio de la previsibilidad y de la debida diligencia son estrictamente considerados por aquél en lo que respecta a las operaciones comerciales, entendiendo en la mayoría de los casos que el

(93) Apt. 15.

(94) Apt. 19 de sus Conclusiones; véanse en similar sentido las Conclusiones del Abogado General FENNELLY en el asunto C-263/97, *The Queen v. Intervention Board for Agricultural Produce*, ex parte: *First City Trading Ltd*, (1998) REC, apts. 32 y 33.

interesado contaba con suficientes medios para evitar las consecuencias derivadas de un hecho que había impedido el cumplimiento de sus obligaciones. De ahí que el TJCE se refiera a estas circunstancias como "ordinarias" en el tráfico comercial.

El TJCE también ha mantenido que la celebración de acuerdos comerciales entre la Comunidad y terceros Estados tampoco puede considerarse como un hecho anormal e imprevisible para los operadores económicos afectados, toda vez que las negociaciones habían tenido lugar desde hacía muchos meses. En estos supuestos el TJCE ha llegado a sostener que la previsibilidad de que tales acuerdos se iban a producir resultaba evidente con fundamento, incluso, en artículos de prensa relativos a dichas negociaciones, que demostraban la falta de concurrencia de un hecho imprevisible para cualquier operador económico "normalmente informado"<sup>(95)</sup>.

#### 4. Sobre la fuerza mayor como principio general del Derecho comunitario

##### A) Aspectos generales y posturas doctrinales

Una de las cuestiones que se ha planteado a la hora de considerar el sentido de la fuerza mayor en Derecho comunitario es si la misma se puede concebir como un principio general de este ordenamiento y, por tanto, invocable en todo caso, incluso si la correspondiente regulación no la recoja expresamente. La importancia de esta materia se deriva, además, de la posición de los principios generales en la jerarquía normativa comunitaria, ya que su alusión implícita en el art. 220 TCE (anterior art. 164) viene a dotarles de una posición jerárquicamente equiparable al Derecho primario, y, en consecuencia, se imponen al legislador comunitario y a los Estados miembros<sup>(96)</sup>. La consideración de la fuerza mayor como principio general es una discusión reiterada en el tiempo y que permanece abierta. La problemática surge a partir de la previsión expresa de esta causa de exoneración de las correspondientes obligaciones en una serie de disposiciones relativas a la política agrícola, y su aplicación analógica por el TJCE en algunos asuntos. Esto implicaría que la ausencia de referen-

(95) *Transáfrica SA*, asunto C-136/93 (1994) REC I-5757, apt. 16.

(96) Véase A. G. TOOTH, "Human Rights as general Principles of Law, in the Past and in the Future", en U. BERNITZ y J. NERGELIUS, *General Principles of European Community Law*, The Hague, Kluwer, 2000, pp. 119-142; TRIDIMAS, *supra* nota 71, pp. 9 *et seq.*; J. A. USHER, *General Principles of EC Law*, London, Longman, 1998, pp. 1-1 y 121-137.

cia expresa a la fuerza mayor no sería un impedimento para alegarla en todo tipo de circunstancias. De hecho, los Estados miembros han invocado su existencia para justificar determinados incumplimientos del Derecho comunitario, sin que el TJCE haya señalado la imposibilidad de citar esta causa por no tratarse de un principio general. En este sentido el Abogado General TIZZANO señaló, en el asunto C-316/99, que es "una de las escasas justificaciones que el Tribunal de Justicia considera admisibles en principio en caso de retraso en la ejecución de una norma comunitaria por parte de un Estado miembro"<sup>(97)</sup>. De esta manera, Bélgica e Italia alegaron la lentitud parlamentaria en los asuntos 77/69 y 8/70<sup>(98)</sup>, respectivamente, y un atentado en el asunto 101/84<sup>(99)</sup>, si bien en dichos litigios sus alegaciones no impidieron la declaración del correspondiente incumplimiento. Sin embargo, como se verá, la jurisprudencia del TJCE no resulta unívoca. De esta manera, el asunto *Schwarzwaldmilch*, ya precisó que "la notion de force majeure n'ayant pas un contenu identique dans les différentes branches du droit et les divers domaines d'application, la signification de cette notion doit être déterminée en fonction du cadre légal dans lequel elle est destinée a sortir ses effets", y que "la notion (...) doit tenir compte de la nature particulière des rapports de droit public entre les importateurs et l'administration nationale ainsi que des finalités de ce règlement"<sup>(100)</sup>. Es más, la fuerza mayor sólo podría venir a invocarse "en función del marco legal en que esté destinad[a] a producir efectos"<sup>(101)</sup>. De acuerdo con el TJCE, a pesar de la existencia de una definición común de la fuerza mayor, este concepto "se debe examinar en el marco de las disposiciones de cada reglamento en el que figure el término "fuerza mayor"<sup>(102)</sup>. Esta posición vendría a manifestar que aquélla no posee la naturaleza de principio general del Derecho comunitario<sup>(103)</sup>.

(97) *Comisión v. Alemania*, asunto C-316/99 (2001) REC I-2037, apt. 12.

(98) *Comisión v. Bélgica*, asunto 77/69 (1970) REC 237 y *Comisión v. Italia*, asunto 8/70 (1970) REC 961.

(99) *Comisión v. Italia*, asunto 101/84 (1985) REC 2629.

(100) Asunto 4/68 (1968) REC 549, p. 562, cursiva añadida; *Denkavit Belgie NV*, asunto 145/85 (1987) REC 565, apt. 11; *Denkavit France*, asunto 266/84 (1986) REC 149, apt. 27.

(101) *The Queen v. Intervention Board for Agricultural Produce*, ex parte: *First City Trading Ltd*, asunto C-236/97 (1998) REC I-5537, apt. 41.

(102) *Huygen*, asunto C-12/92 (1993) REC 6381, apt. 30.

(103) En este sentido se manifiesta la Comisión en su Comunicación sobre la fuerza mayor en el derecho agrario: "La noción de fuerza mayor, aplicada en el marco del Derecho comunitario es una noción autónoma, específica de dicho Derecho. No puede interpretarse en función del orden jurídico nacional que rige el contrato y, con mayor motivo, tampoco por la voluntad de los contratantes". (1988) DO C 259, pp. 11 y 12, apt. II.1.c).

La doctrina también se muestra dividida a este respecto entre aquellos sectores que niegan el carácter de principio general a la fuerza mayor, los que lo sostienen y aquellos que manifiestan la duda de que posea tal naturaleza aunque, de facto, haya pasado a formar parte del ordenamiento comunitario. En opinión de GILSDORF, resulta evidente que la fuerza mayor no constituye tal principio general<sup>(104)</sup>, sino que viene a reflejar una situación de hecho excepcional que excluye las consecuencias jurídicas normales de una determinada disposición<sup>(105)</sup>. Por tanto, según este autor, no resulta admisible la existencia de un principio general por el que el legislador comunitario esté obligado a exceptuar a un particular de una determinada obligación en supuestos de fuerza mayor. A lo sumo, podría contribuir a asegurar el respeto de otros principios generales como sería el caso de la proporcionalidad<sup>(106)</sup>. Para otros sectores doctrinales la fuerza mayor se corresponde con los principios generales del Derecho comunitario, pero dentro del más amplio de la proporcionalidad<sup>(107)</sup>, o como principio esencial para la protección de los ciudadanos, pero con independencia del anterior<sup>(108)</sup>. En opinión de otros autores, la fuerza mayor es parte integrante de los principios generales del ordenamiento comunitario<sup>(109)</sup>, a pesar de que aparezca expresamente citada en determinadas disposiciones<sup>(110)</sup>, o que el TJCE haya llevado a cabo una apreciación autónoma de la misma<sup>(111)</sup>. Esta misma posición favorable a considerarla como principio general la mantiene SCHERMERS, si bien sólo en caso de lo que denomina definición estricta, es decir, cuando concurra una imposibilidad de llevar a cabo una obligación vinculante pero

(104) En igual sentido BARENTS, *supra* nota 4, p. 300.

(105) GILSDORF, *supra* nota 4, p. 141, de forma similar THOMPSON, *supra* nota 4, pp. 269-270.

(106) Esta posición la mantiene también la Comisión en su Comunicación sobre la aplicación de la fuerza mayor en el derecho agrario: "No puede rechazarse totalmente, por tanto, que el respeto del principio de proporcionalidad pueda exigir, en determinados casos excepcionales, la aplicación de una regla de fuerza mayor no escrita." (1988) DO C 259, p. 12, apt. II.2.

(107) FLYNN, *supra* nota 4, p. 114.

(108) O. WIKLUND, y J. BENGÖTJEBÅ, "General Constitutional Principles of Community Law", en U. BERNITZ y J. NERGELIUS, *General Principles of European Community Law*, The Hague, Kluwer, 2000, pp. 118-142, p. 133.

(109) K. LENAERST, y P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 537; en similar sentido se puede entender la postura de EMILIOU, *supra* nota 71, p. 125.

(110) A. G. TOTH, *Legal Protection of Individuals in the European Communities*, Amsterdam, North-Holland, 1978, Vol. I, p. 91.

(111) G. GARZÓN CLARIANA, "Las Fuentes del Derecho Comunitario", en G. C. RODRÍGUEZ IGLSIAS y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *El Derecho Comunitario y su Aplicación Judicial*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 23-53 y 52.

sin resultar aplicable cualquier tipo de impedimento u obstáculo<sup>(112)</sup>. Otros autores entienden que el TJCE debería aceptar la fuerza mayor como principio general, de tal manera que los particulares podrían invocarla incluso en aquellos casos en los que la norma comunitaria no la recoja expresamente<sup>(113)</sup>.

## B) La posición de los Abogados Generales

La discusión también se ha manifestado en las diversas opiniones de los Abogados Generales, con posturas discrepantes. Es, probablemente, el Abogado General CAPOTORTI el que se haya pronunciado más abiertamente en contra de la categorización de la fuerza mayor como principio general. Su argumentación se fundamenta, en esencia, en el hecho de que esta causa tenga que ser incluida en las disposiciones comunitarias, lo que implica que la misma no pueda tener carácter general. Su aparición en concretas disposiciones del Derecho comunitario vendría a invalidar su naturaleza de principio general y, en consecuencia, la posibilidad de su invocación con independencia de que la misma se recoja expresamente en aquéllas<sup>(114)</sup>. De esta manera, el legislador comunitario es libre para dar relevancia a la fuerza mayor en las normas correspondientes<sup>(115)</sup>. Igualmente, en *Valsabbia*, mantuvo que la demostración de la existencia de un principio general del que derivase una noción uniforme de la fuerza mayor no se había llevado a cabo y dudaba que lo fuese ulteriormente. En apoyo de esta tesis, CAPOTORTI hizo referencia a las manifestaciones del TJCE en diversos asuntos en los que había señalado que dicho concepto debía determinarse en función de cada ámbito en el que apareciese<sup>(116)</sup>. En similar línea al Abogado General CAPOTORTI, se sitúa el Abogado General CAPOTORTI al indicar que "[e]l Tribunal de Justicia nunca ha declarado expresamente que la fuerza mayor sea un principio general

(112) H. G. SCHERMERS y D. WAELEBROECK, *Judicial Protection in the European Communities*, Fifth edition, Deventer, Kluwer, 1992, pp. 88-89.

(113) MAGLIVERAS, *supra* nota 4, p. 463.

(114) De forma interesante, la Comisión señala en su Comunicación sobre la fuerza mayor y el derecho agrario, que "hará un esfuerzo con objeto de proponer, donde quiera que resulte oportuno, la inclusión de una regla de fuerza mayor en los textos que no la incluyan en la actualidad." (1988) DO C 259, p. 12, apt. II.1.d).

(115) *IFG*, asunto 68/77 (1978) REC 353, p. 380: "En effet s'il existait un principe général visant à attribuer une importance juridique à la force majeure, il ne serait pas nécessaire de confirmer expressément ce principe dans chaque règlement. D'autre part, en l'absence d'un tel principe général, l'autorité communautaire, dans l'exercice de sa fonction normative serait libre de donner ou non de l'importance à la force majeure."

(116) Asuntos acumulados 154, 205, 2066, 226 a 228, 263 y 264/78, 39, 31, 83 y 85/79 (1980) REC 907, p. 1067.

de Derecho comunitario y es dudoso que tal principio, aplicable a todos los ámbitos del Derecho comunitario, pueda deducirse de la jurisprudencia existente". No obstante, "ello no significa que la fuerza mayor no juegue ningún papel en el Derecho comunitario"<sup>(117)</sup>.

Sin embargo, esta argumentación no resultaría enteramente convincente. El hecho de que las normas comunitarias recojan la fuerza mayor de forma expresa no ha de impedir su existencia con carácter general. Distintas disposiciones, incluyendo el propio TCE, hacen referencia a determinados principios, sin que esto implique que los mismos no tengan dicha naturaleza (obviamente sí la poseen en el caso de consagrarse en el Tratado, v.g., arts. 5 (segundo y tercer párrafos), subsidiariedad, art. 6, integración de lo ambiental en el resto de políticas comunitarias, art. 12, no discriminación). De esta manera, la aparición de la fuerza mayor en diversas disposiciones comunitarias vendría a reforzar la tesis de que la misma constituye un principio general de este ordenamiento<sup>(118)</sup>, a pesar de que, como señala el TJCE, haya de ser considerada en cada contexto particular. En este sentido, aquélla queda referida en Reglamentos<sup>(119)</sup>, Directivas<sup>(120)</sup>, como en los Reglamentos internos de órganos comunitarios<sup>(121)</sup>, e, igualmente, en las orientaciones del Banco Central Europeo que, de acuerdo con los arts. 12.1 y 14.3 de sus Estatutos, forman parte integrante del Derecho comunitario<sup>(122)</sup>. Asimismo, diversos instrumentos internacionales que se integran en este ordenamiento, hacen referencia expresa a la fuerza mayor<sup>(123)</sup>. Esta

(117) Asunto C-236/99 (2000) REC 5657, apt. 16.

(118) El TJCE ha señalado que el hecho de que un principio no se recoja en una norma escrita no aporta la prueba suficiente para negar que no existe; *Merlini*, asunto 108/63 (1965) REC I, p. 10.

(119) Véase, por ejemplo, el Reglamento 823/2000 de la Comisión, de 19 de abril de 2000, sobre la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea regular (consorcios), (2000) DO L 100.

(120) Como es el caso de la Directiva 2001/25, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril, relativa al nivel mínimo de formación en las operaciones marítimas (2001) DO L 136, art. 15.

(121) Por ejemplo, el art. 59 del Reglamento interno del Comité Económico y Social (aprobado en el Pleno de 6 de julio de 1995), (1996) DO L 82; igualmente, el art. 15 del Reglamento interno establecido por el Comité de las regiones en su tercera sesión plenaria, los días 17 y 18 de mayo de 1994; aprobado por el Consejo de la Unión Europea en su reunión nº 1759, el 25 de mayo de 1994, (1994) DO L 132.

(122) Véase, por ejemplo, la Orientación 2001/3 del Banco Central Europeo, de 26 de abril de 2001, sobre el sistema automatizado transeuropeo de transferencia urgente para la liquidación bruta en tiempo real (Target), (2001) DO L 140.

(123) Caso del Convenio aduanero relativo a la importación temporal de vehículos comerciales por carretera (1956), (1994) DO L 56/28, arts. 22 y 25; Convenio internacional del Cacao (1993), (1998) DO L 220/2, art. 44.

circunstancia podría apoyar la tesis de considerar a la fuerza mayor como principio o causa general para justificar, en caso de concurrencia, el incumplimiento de una determinada obligación o requisito exigida por el ordenamiento comunitario.

A diferencia de las anteriores posiciones, otros Abogados Generales, sin embargo, han aceptado la invocación de la fuerza mayor como principio general incluso si ésta no aparecía expresamente prevista en la normativa correspondiente. Quizás la manifestación más clara al respecto se encuentra en el siguiente extracto de las Conclusiones del Abogado General MAYRAS en *Wasaknäcke*: "Nous serions porté à admettre que, même dans le silence du règlement 602/68, la notion de force majeure, considérée comme faisant partie des principes généraux du droit, pourrait justifier un dépassement du délai"<sup>(124)</sup>. En el asunto *Inter-Kom Emboriki*<sup>(125)</sup>, el Abogado General MISCHO consideró que la fuerza mayor, incluso si faltaba en un texto normativo una disposición referida a ella, podía ser admitida a condición de que no estuviere en conflicto con la finalidad de las disposiciones en cuestión<sup>(126)</sup>. En similar sentido se ha manifestado el Abogado General GULMANN, que ha admitido la invocación de la fuerza mayor "si esta reserva está prevista expresamente en la normativa comunitaria o si ésta puede considerarse implícita dentro del sistema normativo de que se trata"<sup>(127)</sup>. Tratándose de causas ajenas e imprevisibles a quien incumple una determinada obligación que sobre él recae, estas posiciones, que admiten la posibilidad de invocarla de forma implícita, resultarían más adecuadas que aquellas otras que niegan de raíz su existencia como principio general.

La Comisión, por su parte, manifestó en su Comunicación relativa a la fuerza mayor en el derecho agrario que "[e]n ausencia de una jurisprudencia clara y carente de ambigüedad, es prudente concluir que, actualmente, la regla de fuerza mayor no se incluye entre los principios generales del Derecho comunitario que se aplican en ausencia de un texto explícito. Se trata más bien de una excepción a la regla general del respeto escrupuloso de las disposiciones legislativas"<sup>(128)</sup>.

(124) Asunto 32/72 (1972) REC 1181, p. 1198, cursiva añadida.

(125) Asunto 71/87 (1988) REC 1979.

(126) Apt. 21 de sus Conclusiones.

(127) Asunto C-347/93, *Boierlux* (1994) REC, apt. 23 de sus Conclusiones.

(128) (1988) DO C 259, p. 11, apt. II.1.a) y apt. IV.

### C) Análisis de la jurisprudencia del TJCE y supuestos de aplicación analógica

Como antes se ha señalado, la jurisprudencia del TJCE no es concluyente, a pesar de que haya indicado la inexistencia de un "contenido idéntico" en los diversos ámbitos de aplicación del Derecho comunitario, lo que podría apoyar la tesis de que la fuerza mayor no ocupa una posición similar a la del resto de los principios generales y que, por tanto, se trataría de una circunstancia que debe aparecer expresamente en una norma para poder ser invocada. Sin embargo, esta falta de identidad no habría de vedar necesariamente la existencia de un principio general que, ulteriormente, deba ser calibrado en los distintos sectores de la actividad comunitaria, ya sea en materia agrícola u otras. Sin embargo, la jurisprudencia del TJCE se muestra reacia a manifestarse abiertamente acerca de esta cuestión. A pesar de que el Tribunal ha admitido en algún asunto su aplicación analógica, es perceptible que se rehuye una declaración al respecto; de ahí que sus decisiones se vinculen a los casos concretos en que esta circunstancia aparece citada en una disposición comunitaria.

#### a) Rechazo de la aplicación analógica

De manera general, el TJCE ha rechazado aplicar la fuerza mayor mediante la analogía, aunque constituye un método de interpretación utilizado por aquél. Un ejemplo de esta posición se localiza en el asunto *IFG*<sup>(129)</sup>. El demandante había concluido un contrato para la compra de productos cárnicos de Rumania para ser importados en la Comunidad. De acuerdo con la norma en vigor en aquel momento, la necesidad de contar con un certificado de importación quedaba sujeta a la condición de exportar previamente una cantidad de carne equivalente, salvo en el caso de conservas cárnicas en embalajes cerrados y de peso no superior a 5 kilos. *IFG* obtuvo un contrato cubierto por esa excepción. Sin embargo, debido a las inundaciones producidas en Rumania, el envío de un determinado contingente de productos cárnicos, que debía haberse producido antes del 1 de septiembre de 1975, se había retrasado hasta esa fecha. Ese mismo día entró en vigor otro Reglamento 2033/75, que exigía el requisito de contar con una licencia de importación. Entre las alegaciones que planteó la demandante para poner en cuestión el Reglamento comunitario, se encontraba el

(129) Asunto 68/77 (1978) REC 353; véase igualmente *Oehlmann*, asunto 73/69 (1970) REC 467, en el que la causa de fuerza mayor que se alegó era la existencia de hielo en los canales en los Países Bajos, que había impedido la importación de los productos agrícolas en Alemania.

hecho de que la Comisión no había tenido en cuenta la fuerza mayor, mientras que, en su opinión, la consideración de esta causa constituía un principio general del Derecho que se imponía en todo caso sobre esta Institución, incluso a falta de referencia expresa. Adicionalmente, mantuvo que era posible la aplicación analógica al Reglamento objeto del litigio, de otro Reglamento (193/75), de la Comisión, sobre licencias de importación y exportación en el que sí se preveía la fuerza mayor. Una de las normas de este Reglamento disponía que, si en el caso de fuerza mayor la importación o exportación no podía llevarse a cabo durante el período de vigencia de la licencia, la agencia de intervención debía, bien cancelar la obligación de importar o exportar, entregar la fianza consignada o extender el período de validez de la licencia. Para negar las conclusiones del demandante el TJCE estableció una diferencia entre uno y otro Reglamento, señalando que el segundo cubría una situación en la que el particular había contraído una obligación con la correspondiente agencia estatal, de tal manera que si ésta se incumplía, aquél estaba sujeto a una sanción en forma de pérdida de la fianza consignada, a menos que pudiese ampararse en la fuerza mayor. Sin embargo, la situación resultaba diferente cuando el particular no había adquirido dicha obligación con respecto a la agencia y, por tanto, el transcurso del período de validez de su licencia no implicaba ningún tipo de sanción.

Probablemente, el asunto *IFG* sea el que refleje una posición más alejada de la concepción de la fuerza mayor como principio general del ordenamiento comunitario cuando el TJCE señala "qu'en ce qui concerne l'existence invoquée d'un principe général de droit visant les cas de force majeure, il est vrai que les systèmes de droit des États membres prévoient, dans certains contextes et rapports juridiques, la possibilité de déroger aux rigueurs de la loi, notamment aux effets juridiques découlant de l'inexécution d'une obligation, en cas de force majeure; que cependant, dans des relations entre le particulier et l'administration publique, comme celles de l'espèce où le dépassement de la date critique loin de comporter l'inexécution d'une obligation quelconque incombant au particulier, a pour seule conséquence de soumettre les importations en cause à un régime moins favorable que celui en vigueur avant ce date, l'existence d'un principe général de droit de la portée prétendue ne saurait être dégagée des ordres juridiques nationaux"<sup>(130)</sup>.

(130) *IFG*, asunto 68/77 (1978) REC 353, ap. 11.

### b) Supuesto de aplicación analógica

En algunos casos, no obstante, el TJCE ha aplicado de manera analógica la fuerza mayor a normas que no recogían referencia alguna a ésta, lo que podría suscitar la tesis de que la misma es invocable y apreciable con independencia de que aparezca en las disposiciones comunitarias. Esta posición se mantuvo en el asunto *Union Française des Céréales*<sup>(131)</sup>. Como antes se ha indicado, un cargamento de trigo exportado de Alemania al Reino Unido no había llegado a su destino debido al naufragio en el Mar del Norte del buque que lo transportaba. El problema radicaba en este caso en que el Reglamento de la Comisión (de 1973) aplicable al caso, no incluía ninguna cláusula relativa a la fuerza mayor, lo que llevó a la empresa demandante a invocar por analogía otra norma posterior de esta misma Institución (de 1975), sobre montantes compensatorios, que sí la recogía para el caso de exportaciones a terceros países.

A diferencia de otros asuntos, el TJCE aceptó la aplicación de la fuerza mayor para garantizar el principio de preferencia respecto de los intercambios entre los Estados miembros y aquellos otros que se habían incorporado a la Comunidad recientemente (caso del Reino Unido): "que si l'exportateur se voyait refuser l'octroi de montants compensatoires «adhésion» dans des circonstances comme celles de l'espèce, après destruction de la marchandise en cours de transport par suite d'un cas de force majeure, il subirait une perte réelle, étant donné que l'assurance contractée dans l'intérêt de l'acheteur conformément à la clause caf ne couvrirait que la valeur de la marchandise en fonction des prix appliqués dans le pays importateur, et non des prix communs plus élevés appliqués dans le pays exportateur"<sup>(132)</sup>. Así, y para evitar las pérdidas que, de otra manera, iba a incurrir el exportador, a diferencia del comercio con países terceros, el TJCE señaló que el Reglamento comportaba "una omisión" al no prever la devolución de montantes compensatorios en caso de fuerza mayor, omisión que convenía reparar aplicando por analogía la disposición correspondiente del Reglamento de 1975. Es evidente que en este caso el TJCE pretendió evitar una diferencia de trato entre las actividades de exportación entre Estados miembros, por una parte, y países terceros, por otra, bajo la consideración de que los mismos poseían elementos paralelos. En todo caso, y por lo que aquí interesa, es destacable que el TJCE hiciera alusión en dos ocasiones al hecho de que la Comisión había "omitido" recoger la fuerza mayor en su Reglamento de 1973,

(131) Asunto 6/78 (1978) REC 1675.

(132) Asunto 6/78 (1978), apt. 4.

lo que podría llevar a sostener que la misma, bien de forma expresa o implícita, sí podía ser invocada por el demandante. A igual solución llegó el TJCE en un asunto resuelto con anterioridad al de la *Union Française des Céréales* en el que se advirtió una diferencia entre la normativa relativa al comercio con terceros países y entre los Estados miembros. De esta manera, el TJCE invocó el principio de equidad en *Reich* para aplicar de forma analógica la fuerza mayor al segundo supuesto<sup>(133)</sup>.

### c) Existencia implícita de fuerza mayor

En otros supuestos el TJCE ha admitido la existencia de una cláusula implícita de fuerza mayor como en el asunto *Inter-Korn*<sup>(134)</sup>, aunque el TJCE rehusó adoptar una postura general sobre la materia. En este caso, el demandante no había podido retirar una cantidad de aceite adjudicada por el organismo correspondiente de intervención, debido al mal tiempo y a cortes del fluido eléctrico. En consecuencia, se le había retenido una determinada suma de dinero en concepto de indemnización, toda vez que la norma comunitaria disponía que, cuando la retirada del aceite no se hubiera terminado en el plazo previsto, el aceite permanecería depositado "a cuenta y riesgo del comprador". El problema radicaba en que la disposición comunitaria aplicable al caso no incluía expresamente la fuerza mayor. Sin embargo, el TJCE indicó que el reconocimiento de una cláusula de tal naturaleza no podría considerarse incompatible con el Reglamento comunitario, ya que la expresión "a cuenta y riesgo del comprador" no tenía otro significado que el de hacer que el comprador cargase con el riesgo del pago del precio en el caso de deterioro o destrucción después de expirar el plazo prescrito para su retirada. Analizando el Reglamento aplicable, el TJCE apreció que el demandante podía invocar el concepto de fuerza mayor. Sin embargo, es preciso señalar que el TJCE evitó expresamente pronunciarse sobre si una normativa como la considerada en el asunto llevaba implícitamente tal cláusula. De esta manera aquél precisó que debía admitirse que "en las circunstancias particulares del caso presente" sí era posible invocarla<sup>(135)</sup>.

Otro supuesto en el que el TJCE evita la consideración de si la fuerza mayor constituye un principio general del Derecho comunitario, a pesar de que se refiera a él como tal. Esto se percibe, dentro de

(133) Asunto 64/74 (1975) REC 261, apts. 2-4.

(134) Asunto 71/87 (1988) REC 1979.

(135) Asunto 71/87 (1988) REC 1979, apt. 15.

la confusión de la formulación empleada, en el asunto *First City Trading*<sup>(136)</sup>, relativo a la aplicación del un Reglamento de la Comisión sobre restituciones a la exportación para productores agrícolas. Reformulando la segunda cuestión prejudicial, el TJCE señaló que se le pedía que se dilucidase “si los principios generales del Derecho comunitario y, en particular, la fuerza mayor y los principios de protección de la confianza legítima, de proporcionalidad o de equidad” permitían a los exportadores mantener a las restituciones a la exportación en una serie de circunstancias<sup>(137)</sup>. Sin embargo, el TJCE omitió dar una respuesta concluyente, afirmando que, por estar clara y taxativamente previstas por el Reglamento en cuestión las consecuencias de la fuerza mayor, era preciso entender la pregunta del juez estatal en el sentido de si las circunstancias que éste describía como de fuerza mayor constituían tal supuesto, el Reglamento comunitario era inválido respecto a los principios generales del Derecho al no permitir a los exportadores conservar en su poder las restituciones a la exportación<sup>(138)</sup>. Tras recordar el significado de la fuerza mayor y de que el mismo había de determinarse en función del marco legal en el que estaba destinado a producir efectos, el TJCE concluyó que el Reglamento no era contrario a los principios del Derecho comunitario, al limitar los efectos de la fuerza mayor.

#### D) Comentarios a la luz de la anterior exposición

Resulta evidente que el TJCE no se ha manifestado, en términos concluyentes, acerca de la fuerza mayor como principio general del Derecho comunitario y, por tanto, invocable en toda circunstancia, esto es, incluso si la norma concreta no la cita. Algunas de las manifestaciones reiteradas del TJCE sobre la consideración de esta causa en el concreto contexto en que aparezca, así como la negativa a aplicarla de manera analógica, vendrían a poner en cuestión su naturaleza como principio general. De hecho, los supuestos de aplicación analógica han sido objeto de crítica por entenderse que no es responsabilidad del TJCE venir a llenar las “omisiones” del legislador acerca de la fuerza mayor. De esta manera, la aplicación de esta causa en esos asuntos sería más el resultado de adoptar una interpretación amplia que la aceptación de la existencia de un principio general del ordenamiento comunitario<sup>(139)</sup>. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, esto

(136) Asunto C-263/97 (1998) REC I-5537.

(137) Apt. 32, cursiva añadida.

(138) Apt. 33.

(139) THOMPSON, *supra* nota 4, p. 268.

no implica necesariamente que la fuerza mayor no posea dicho status. Su propia configuración por parte de la jurisprudencia, al hacer referencia, precisamente, a circunstancias ajenas e imprevisibles que escapan de la diligencia debida de un operador económico o, incluso, de un Estado miembro, coadyuvan a que pueda ser invocada y, en consecuencia, considerada como tal por el TJCE; de ahí que como se ha señalado, haya a pasado a formar parte, *de facto*, del ordenamiento comunitario<sup>(140)</sup>.

#### 5. Existencia e inexistencia de supuestos de fuerza mayor

Frente a las alegaciones de fuerza mayor, la jurisprudencia del TJCE ha ido progresiva y casuísticamente determinando aquellas circunstancias en las que concurren supuestos de fuerza mayor y aquellos otros en los que no cabe su invocación. Esto es debido al hecho de que en la actualidad esta causa aparece señalada de manera general, frente a una primera tendencia en que las normas comunitarias desgranaban los distintos supuestos que se incluían en la misma<sup>(141)</sup>. Posteriormente, el legislador comunitario ha evitado enumerar dichos supuestos, mencionando de forma genérica la fuerza mayor<sup>(142)</sup>, debido en buena medida a que las posibles causas justificativas de la misma pueden ampliarse por la evolución técnica<sup>(143)</sup>. Esto implica tener que considerar si determinadas circunstancias pueden integrarse en dicho concepto. Con todo, esta tarea no resulta sencilla y, en algún caso, ha dado lugar a críticas debido a que el TJCE ha incurrido en ciertas inconsistencias en su labor de especificación de estas situaciones<sup>(144)</sup>.

#### A) Guerras, fenómenos atmosféricos y naufragios

En algunos casos el TJCE no ha discutido la existencia de una causa de fuerza mayor, como ocurrió en el asunto C-299/94<sup>(145)</sup>, rela-

(140) MAGLIVERAS, *supra* nota 4, p. 470.

(141) Véanse los ejemplos citados por MAGLIVERAS, *supra* nota 4, p. 460, nota a pie (2).

(142) Caso del Reglamento de la Comisión 1373/0 (1970) DO L 58.

(143) LOYANT, *supra* nota 4, p. 262.

(144) De esta manera, el Abogado General GULMANN, señaló en el asunto C-124/92, *An Bord Baine Co-operative Ltd*, (1993) REC 5061, apt. 22: “En todo caso, cuesta trabajo discernir por qué las modificaciones introducidas en las exigencias de calidad aplicables a las mercancías no deben considerarse nunca acontecimientos enteramente anormales, mientras que las huelgas, los cortes de suministro eléctrico o el mal tiempo pueden, eventualmente, tener dicho carácter.”

(145) (1996) REC I-1925.

tivo a la celebración por parte de varias empresas irlandesas de contratos con el organismo estatal de compras de Irak para la venta de determinadas cantidades de carne de vacuno a entregar en diversas ciudades de este país que, debido a la invasión de Kuwait por Irak, no se pudieron llevar a efecto a consecuencia de las medidas adoptadas por el Consejo (en aplicación de una Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas)<sup>(146)</sup>. Esta misma postura se localiza en el asunto *Inter-Kom*<sup>(147)</sup>, en el que el TJCE señaló que la interrupción en la distribución de la corriente eléctrica necesaria para el funcionamiento de las instalaciones técnicas de carga, bien debida al mal tiempo, bien a la responsabilidad de la compañía eléctrica o imputable a un organismo estatal de intervención en materia agrícola, era "perfectamente susceptible" de constituir un supuesto de fuerza mayor<sup>(148)</sup>. Igualmente, el TJCE admitió que un empeoramiento de las condiciones meteorológicas, siempre que un suceso de dicha naturaleza, en atención a la estación del año y al lugar de cargamento, entre otros factores, pudiese ser calificado como anormal e imprevisible<sup>(149)</sup>. Cabe advertir, con todo, que el TJCE no parece descartar que, en determinadas épocas del año, la previsibilidad de determinados fenómenos meteorológicos podría impedir la alegación de una causa de fuerza mayor. Igualmente, el TJCE no ha discutido que un naufragio pueda constituir una causa de fuerza mayor que, en su caso, permita evitar las consecuencias de un determinado incumplimiento por un operador económico<sup>(150)</sup>.

#### B) Dificultades constitucionales, legislativas o administrativas

Como antes se ha señalado, los Estados miembros han alegado en varias ocasiones la existencia de la fuerza mayor para justificar el incumplimiento del Derecho comunitario sostenido por la Comisión en procedimientos del art. 226 TCE (anterior art. 169). En todos los casos, el TJCE ha rechazado tales alegaciones bajo la tesis de que se trata de dificultades internas de los Estados que no pueden venir a obstaculizar la correcta y temporánea aplicación del ordenamiento comunitario. De esta forma, la lentitud de los procedimientos legislativos o alegaciones de carácter constitucional no han evitado la decla-

(146) El Reglamento, adoptado el 8 de agosto de 1990, se aplicó retroactivamente desde el 7 de ese mismo mes.

(147) Asunto 71/87 (1988) REC 1979.

(148) Asunto 71/87, apt. 17.

(149) *Ibid.*

(150) *Union Française de Céréales*, asunto 6/78 (1978) REC 1675, apt. 4.

ración de que determinado Estado miembro ha infringido sus obligaciones<sup>(151)</sup>. La complejidad de la legislación comunitaria, en cuya elaboración han participado los Estados miembros tampoco se ha aceptado como "dificultad anormal e imprevisible, insuperable para los servicios de un Estado miembro". Igualmente, las restricciones presupuestarias impuestas por ley o la insuficiencia de efectivos debida a la misma causa tampoco pueden justificar el incumplimiento de la normativa comunitaria<sup>(152)</sup>. En estos supuestos, el TJCE ha rechazado precisamente que se trate de circunstancias ajenas al propio Estado miembro, sino, por el contrario, provocadas por el mismo<sup>(153)</sup>. De la jurisprudencia comunitaria se desprende que la alegación de la concurrencia de una causa de fuerza mayor para justificar el incumplimiento de las obligaciones de un Estado miembro para con la Comunidad es analizada de manera más estricta que en el caso de los operadores económicos. La razón de esta posición radicaría en el diferente contexto en el que se mueven los primeros, sobre todo en el caso de la transposición de las Directivas comunitarias, lo que les obliga a dar paso a su debida incorporación en sus ordenamientos aun en el supuesto de "dificultades extremas"<sup>(154)</sup>.

#### a) El caso de imposibilidad absoluta de cumplir con las obligaciones comunitarias

La posibilidad de que aparezcan "dificultades imprevisibles" para la aplicación de la normativa comunitaria que hagan "absolutamente imposible" el cumplimiento de las obligaciones que ésta imponga también ha sido alegada por algunos Estados miembros<sup>(155)</sup>. Sin embargo, esta circunstancia vendría a resultar distinta de la fuerza mayor, que tendría una mayor amplitud, aunque poseen aspectos comunes, toda vez que los Estados miembros han de proponer medidas que eviten, precisamente, la inobservancia de las disposiciones comunitarias. El TJCE ha señalado que corresponde a estos someter a la Comisión estos problemas proponiéndole las soluciones apropiadas. De acuerdo con el art.

(151) *Comisión v. Italia*, asunto 8/70 (1970) REC 961.

(152) Véase, por ejemplo, *Comisión v. Grecia*, asunto C-243/97 (2000) REC I-5813.

(153) *Denkavit Bélgica NV*, asunto 145/85 (1987) REC 565, apts. 13 y 16, respectivamente.

(154) Véanse a este respecto las Conclusiones del Abogado General JACOBS en *Comisión v. Bélgica*, asunto C-236/99 (2000) REC I-5657, apts. 20-23.

(155) *Comisión v. Alemania*, asunto C-217/88 (1990) REC I-2879; véase también *Comisión v. Reino Unido*, asunto 128/78 (1979) REC 419.

10 TCE (anterior art. 5)<sup>(156)</sup>, ambas partes están obligadas a colaborar de buena fe para superar las dificultades "dentro del respeto de las disposiciones del Tratado"<sup>(157)</sup>. Esta última precisión no es baladí ya que como ha indicado el TJCE, fuera de los casos en que le son atribuidas expresamente competencias de esta índole, la Comisión no está facultada para dar garantías acerca de la compatibilidad de un comportamiento determinado con el Derecho comunitario y, en ningún caso, goza de la facultad de autorizar comportamientos contrarios a este ordenamiento<sup>(158)</sup>. Por tanto, esta Institución carece de la potestad de dispensar a los Estados miembros de las obligaciones que han adquirido frente a la Comunidad. Esto puede tener su importancia en el caso de que se declare el incumplimiento por el TJCE y, ulteriormente, se inicie otro proceso por infracción por no haberse cumplido con la primera sentencia<sup>(159)</sup>. No es descartable que, en determinadas circunstancias, el cumplimiento de la norma comunitaria pueda resultar complicado, sobre todo en el supuesto de obligaciones de resultado, v.g., el logro de unos determinados estándares de calidad del agua de baño, a pesar de que el Estado miembro en cuestión haya puesto todos los medios disponibles para adecuarse a los requisitos de la normativa comunitaria.

Por otra parte, de la jurisprudencia del TJCE se desprende que la imposibilidad absoluta no se puede fundar en simples suposiciones, antes al contrario debe acreditarse por el fracaso de los intentos de cumplir con las obligaciones correspondientes (v.g., recuperación de una ayuda ilegal), los cuales deben ir acompañados de una cooperación con la Comisión, de conformidad con el art. 10 TCE, con el fin de superar las dificultades encontradas<sup>(160)</sup>.

Un asunto representativo de una situación reiterada<sup>(161)</sup>, es *Comisión v. Bélgica*<sup>(162)</sup>, relativo a la falta de ejecución de una

(156) En sus Conclusiones en el asunto C-236/99, apt. 28, el Abogado General JACOBS mantuvo que el art. 10 TCE (anterior art. 5) ofrece a los Estados miembros la posibilidad de elegir los métodos para cumplir íntegramente sus obligaciones comunitarias, pero no permite que se abstengan de cumplir sus obligaciones porque una actuación de tal naturaleza les suponga una carga desproporcionada.

(157) Asunto C-217/88, apt. 33.

(158) *Comisión v. Alemania*, asunto C-348/97 (2000) REC I-4429, apt. 45.

(159) Véase el art. 228 TCE; *Comisión v. Grecia*, asunto C-387/97 (2000) REC I-5047.

(160) Abogado General FENNELLY en *Comisión v. Italia*, asunto C-280/95 (1998) REC I-259, apt. 13 de sus Conclusiones.

(161) Véase también *Comisión v. Italia*, asunto C-280/95 (1998) REC I-259; *Italia v. Comisión*, asunto C-6/97 (1999) REC I-2981; *Comisión v. Portugal*, asunto C-404/97 (2000) REC I-4897; *Comisión v. Francia*, asunto C-261/99, sentencia de 22 de marzo de 2001, sin publicar todavía en el REC.

(162) Asunto 52/84 (1986) REC 100.

Decisión de la Comisión en materia de ayudas públicas, que declaraba la incompatibilidad de una de ellas que había sido concedida a una empresa de aquel país. Una de las alegaciones formuladas por el Gobierno belga era que la empresa en cuestión no disponía en absoluto de beneficios que permitieran el reembolso de la ayuda y que resultaba imposible ejecutar la Decisión al pie de la letra sin proceder a la liquidación de la sociedad. A la luz de las circunstancias del caso, incluyendo la expiración de los plazos para recurrir la Decisión, el TJCE consideró que el único motivo de defensa que el Gobierno belga podía alegar contra el recurso por incumplimiento de la Comisión era el de la imposibilidad absoluta de ejecutar la Decisión<sup>(163)</sup>. El TJCE señaló dos aspectos: Por una parte, que el hecho de que, en razón de la situación financiera de la empresa, las autoridades belgas no podía recuperar el importe pagado, no constituía una imposibilidad de ejecución, ya que el objetivo de la Comisión era la supresión de la ayuda, objetivo que se podía alcanzar mediante la liquidación de la sociedad, que las autoridades belgas podían provocar en su condición de accionistas o de acreedores<sup>(164)</sup>. En segundo lugar, el TJCE reiteró que el Estado miembro no estaba impedido para someter esas cuestiones a la Comisión, al encontrar dificultades inesperadas o imprevisibles o no tener conciencia de consecuencias no previstas por la propia Comisión<sup>(165)</sup>.

### C) Destrucción por atentado de información debida a la Comisión

Un caso paradigmático relativo a las potestades de inspección de la Comisión, lo constituye el asunto 101/84<sup>(166)</sup>, que tenía por objeto la infracción, por parte de Italia, de la Directiva 78/546, que exigía la transmisión de datos estadísticos sobre el transporte de mercancías por carretera. El problema radicaba en que el fichero correspondiente había sido destruido a consecuencia de un atentado. Esto, sin embargo, no impidió a la Comisión plantear su acción bajo el art. 169 TCE (actual 226) bajo el argumento de que las dificultades alegadas por el Gobierno italiano con posterioridad al atentado correspondían, en realidad, a una falta de personal y a un comportamiento de la Administración de aquel país que, tras un evento ciertamente imprevisto, no había puesto la diligencia normal que incumbía a toda Administración. Es decir, la Comisión no negaba la existencia de un

(163) Asunto 52/84, apt. 14.

(164) *Ibidem*.

(165) Asunto 52/84, apt. 16.

(166) *Comisión v. Italia*, asunto 101/84 (1985) REC 2629.

supuesto imprevisible, elemento objetivo del test anteriormente examinado<sup>(167)</sup>, pero mantenía que no se había puesto la diligencia requerida tras el atentado, transcurridos ya varios años del aquél, para reconstruir los datos requeridos por la Comisión. Esta línea argumental fue aceptada por el TJCE indicando que los efectos del atentado no podían durar más que un cierto período, a saber, el tiempo materialmente necesario para una Administración normalmente diligente, para remplazar el equipo destruido y para recoger y elaborar los datos requeridos por la Comisión.

#### D) Robo de mercancías

Los operadores económicos han alegado una serie de circunstancias para justificar la existencia de fuerza mayor. Sin embargo, el TJCE ha mantenido una estricta línea fundada, en buena medida, en la falta de concurrencia del elemento subjetivo, esto es, de la diligencia debida, que es requisito necesario para mantener la presencia de un caso de fuerza mayor. Esto ha dado como resultado que casos como la reimportación fraudulenta en la Comunidad, si bien ajenos a la voluntad del exportador, no se conciben por el TJCE como imprevisibles en las relaciones contractuales. De manera similar, el TJCE ha rechazado como causa de fuerza mayor el robo de la mercancía objeto de exportación debido a maniobras fraudulentas o a la negligencia de los propios empleados<sup>(168)</sup>.

#### E) El caso de las huelgas

Otra de las causas que ha sido objeto de atención por el TJCE son las huelgas. Este supuesto ha sido invocado tanto por los Estados miembros como por particulares. Grecia suscitó esta cuestión en el asunto 70/86<sup>(169)</sup>, relativo al retraso en el pago de sus contribuciones financieras a la Comunidad a consecuencia de una huelga general de los empleados de banca. El TJCE no se manifestó expresamente sobre si una huelga podía incluirse en el concepto de la fuerza mayor<sup>(170)</sup>, que estaba incluida como causa de exoneración en el Reglamento

(167) Véase *supra* epígrafe II.3.

(168) *McNicholl*, asunto 296/86 (1988) REC 1491, apt. 12; en el mismo sentido *Milch-Fett-und Eier-Kontor*, asunto 42/79 (1979) REC 3703.

(169) *Comisión v. Grecia*, asunto 70/86 (1987) REC 3545; igualmente en el asunto 214/86, *Grecia v. Comisión*, (1989) REC 367, del que sólo hay una versión sumaria en el REC y en el que el TJCE desestimó el recurso planteado por la demandante.

(170) No obstante, así lo entendió el Abogado General MISCHO en *Danske Slagterier*, asunto C-338/89 (1991) REC I-2315, apt. 14 de sus Conclusiones.

comunitario que regulaba aquellas contribuciones financieras. No obstante, precisó que en las circunstancias del caso no se cumplían los requisitos jurisprudenciales necesarios para sostener que se había producido una situación de fuerza mayor, entre otras razones, porque con varios días de anticipación se habían anunciado en la prensa las huelgas en cuestión, de tal manera que eran previsibles, pudiéndose evitar, en consecuencia, el retraso en la inscripción de las contribuciones financieras<sup>(171)</sup>. A pesar de que el TJCE hizo hincapié en la certidumbre de la huelga y, por tanto, en el hecho de que podían haberse puesto los suficientes medios para cumplimentar las obligaciones exigidas por la normativa comunitaria, no deja de traslucirse de la sentencia que Grecia no había superado las estrictas exigencias del test jurisprudencial relativo a la fuerza mayor que, en este caso, resultaba más rígido. Como puso de manifiesto el Abogado General LENZ en sus Conclusiones, las disposiciones financieras del Derecho comunitario se encuentran entre las normas fundamentales de este sistema jurídico, "cuyo estricto respeto es indispensable para asegurar el funcionamiento efectivo de la Comunidad"<sup>(172)</sup>.

El TJCE también se enfrentó con esta cuestión en el asunto *Danske Slagterier*<sup>(173)</sup>, al tener que considerar una norma comunitaria sobre modalidades comunes de certificados de exportación y la negativa de una autoridad estatal a prorrogar la validez de un certificado a una empresa que se había visto afectada por una huelga convocada en otras empresas. Siguiendo de manera fiel el test de determinación de la fuerza mayor, en este caso una suspensión de suministros de materias a una empresa debido a una huelga que contaba con un preaviso, el TJCE declaró, en términos generales, que tal huelga debía considerarse como una circunstancia ajena al interesado en la medida en que no había podido ejercer influencia alguna sobre los acontecimientos que provocaron la interrupción de la actividad laboral<sup>(174)</sup>. Sin embargo, a pesar de que esta sección del test utilizado para comprobar la existencia de fuerza mayor se había satisfecho, el TJCE precisó que una huelga precedida de preaviso exigido por la ley y que podía extenderse a sectores que afectaban a las actividades del titular de aquel certificado, no constituía un acontecimiento anormal e imprevisible. Ahora, resulta interesante en el asunto que el TJCE saliera al paso de dos consideraciones. El demandante sostuvo que la existencia

(171) Asunto 70/86, apt. 9.

(172) Asunto 70/86, apt. 14 de sus Conclusiones.

(173) Asunto C-338/89 (1991) REC I-2315.

(174) Asunto C-338/89, apt. 17, en el mismo sentido el Abogado General MISCHO, apt. 7 de sus Conclusiones.

del preaviso no era suficiente para descartar la anormalidad de la huelga, bajo el argumento de que éste era una "simple rutina" y porque las negociaciones entre las partes sociales no solían (suelen) terminar hasta el último minuto. Para contestar a este argumento, el TJCE recurrió a la estadística de que en trece ocasiones que se había producido una paralización de la actividad laboral, los sindicatos siempre habían presentado un preaviso de huelga<sup>(175)</sup>. Por otra parte, el TJCE recordó que el concepto de "acontecimiento anormal" requiere un suceso que un comerciante prudente y diligente consideraría como improbable. Sin embargo, tal eventualidad "no sucede cuando la supresión de los efectos de la huelga, *en sí misma previsible*, depende de que se produzcan otros acontecimientos ajenos a la voluntad del operador comercial afectado, *que revisten un carácter aleatorio* (...)"<sup>(176)</sup>. En última instancia, el TJCE fundó su decisión en el hecho de que los operadores económicos debían aceptar los riesgos que comportaba el sistema comunitario de fijación anticipada de la restitución para exportaciones fuera de la Comunidad.

#### F) Plazos de recurso ante el TJCE

La fuerza mayor aparece citada en el Estatuto del TJCE, respecto de la preclusión por expiración de los plazos de interposición de recursos. De acuerdo con el art. 42 (CE)<sup>(177)</sup> no cabe oponer preclusión por expiración de los plazos cuando el interesado demuestre la existencia de caso fortuito o de fuerza mayor. De ahí que la invocación de esta causa haya surgido en los procedimientos ante el TJCE, lo cual tiene su interés debido a que, como establece una reiterada jurisprudencia, los plazos son de orden público y, en consecuencia, resultan indisponibles ya sea por las partes o por el TJCE. De esta manera, el Tribunal ha señalado en repetidas ocasiones que no pueden admitirse excepciones a la aplicación de las disposiciones relativas a los plazos de procedimiento más que en circunstancias "totalmente excepcionales, de caso fortuito o fuerza mayor" dado que la aplicación estricta de estas normas responde a la exigencia de la seguridad jurídica y a la necesidad de evitar cualquier discriminación o trato arbitrario en la administración de justicia<sup>(178)</sup>.

(175) Asunto C-338/89, apt. 20.

(176) Asunto C-338/89, apt. 21, cursiva añadida.

(177) Art. 39 Estatuto CECA; art. 43 Estatuto EURATOM.

(178) Véase, entre otros muchos, *Francia v. Comisión*, asunto C-59/91 (1992) REC I-526, apt. 8, auto del TJCE de 5 de febrero de 1992.

Los supuestos planteados al TJCE son variados aunque, como tendencia general, éste ha denegado las alegaciones sobre la existencia de fuerza mayor. Cabría distinguir dos grupos de casos. Por una parte, aquellos que hacen referencia a circunstancias específicas y personales del demandante, que son los mayoritarios, y que no pueden ampararse bajo la fuerza mayor toda vez que entran dentro de su ámbito de disposición, como el hecho de encontrarse cerrada la empresa y ausente el administrador único de la misma<sup>(179)</sup>. Dentro de esta categoría se incluye la notificación de la decisión recurrida a la sede social de una empresa, que posteriormente fue transmitida por ésta al lugar en el que se encontraba la presidencia, ocasionándose por ello el retraso en la interposición del recurso<sup>(180)</sup>. Las Instituciones comunitarias también se han visto inmersas en estos supuestos. Así, en el asunto *Area Cova SA*<sup>(181)</sup>, la Comisión solicitó, fuera de plazo, intervenir en apoyo del Consejo (parte demandada). Como causa de justificación, el servicio jurídico de esta Institución alegó el retraso con que este servicio había recibido la autorización para intervenir, debido a la complejidad de sus procedimientos internos y a la lentitud de las comunicaciones en la Comisión. Como era de esperar estos argumentos no convencieron al TPI<sup>(182)</sup>, quien los desestimó por no poderse encuadrar en la noción fuerza mayor mantenida por la jurisprudencia comunitaria<sup>(183)</sup>.

Un segundo grupo de casos concierne la actividad de terceras personas o instituciones incidiendo en el retraso a la hora de interponer el recurso correspondiente, como en *Simet y Feram*, en el que una de las demandas correspondientes enviadas por correo se había recibido en el registro del TJCE cuatro días más tarde que su llegada a Luxemburgo a causa del retraso del servicio postal. En este caso, sin embargo, el Tribunal consideró, a la luz de los hechos, como fecha de la efectiva entrada de la demanda en el registro la llegada a esta ciudad<sup>(184)</sup>. Sin embargo, en otros supuestos el TJCE no ha aceptado la alegación de que se había hecho todo lo necesario para que el recurso se presentase dentro del plazo establecido, a pesar de remitirse con la indicación de "urgente" (teniéndose en cuenta que, en condiciones normales, iba a llegar a su destino al día siguiente de ser enviado) y

(179) *Ferriera Vitoria*, asunto 224/83 (1984) REC 2349.

(180) *Cockerill-Sambre SA*, asunto 42/85 (1985) REC 3749.

(181) Asunto T-194/95 Int. II (1996) REC II-343, auto del TPI de 14 de mayo de 1996.

(182) De hecho, al Presidente de su Sala Quinta.

(183) Asunto T-194/95 Int. II (1996) REC II-343, apt. 6.

(184) Asuntos 25 y 26/65 (1967) REC 40, p. 42. La demanda en el caso 26/65 no se admitió por llegar a Luxemburgo fuera del plazo de interposición del recurso.

la coincidencia del fin de semana de carnaval, unida a condiciones climáticas extremadamente desfavorables (en opinión del demandante)<sup>(185)</sup>. Para el TJCE no podía pretenderse haber hecho todo lo necesario para que llegase el recurso dentro del plazo, al remitirse éste el día anterior a la expiración del plazo de interposición<sup>(186)</sup>, habiendo contado con un período calculado en función de la duración normal del despacho del correo, teniendo en cuenta posibles problemas en los servicios postales<sup>(187)</sup>. De estas circunstancias el TJCE concluyó que no se podía invocar un mal funcionamiento excepcional de dichos servicios para evitar la preclusión por expiración de los plazos de procedimiento. Por lo que respecta a las otras alegaciones sobre el fin de semana de carnaval y a las condiciones meteorológicas, el TJCE señaló que las mismas hacían referencia al período posterior al día en que expiraba el plazo de recurso<sup>(188)</sup>.

Podría distinguirse también una tercera categoría, que haría referencia a aquellos supuestos en los que los propios servicios del TJCE motiven la infracción de los plazos, v.g., una solicitud para intervenir ante el Tribunal se lleve a cabo fuera de plazo a causa de un error cometido por el registro de esta Institución señalando una fecha equivocada de inicio del plazo para solicitar tal intervención<sup>(189)</sup>.

#### IV. COMENTARIOS FINALES

En los anteriores epígrafes se han analizado algunas cuestiones relativas a la fuerza mayor en Derecho comunitario. Definida como circunstancias ajenas al operador interesado, anormales e imprevisibles, cuyas consecuencias no hubieran podido evitarse ni siquiera con la mayor diligencia, la fuerza mayor constituye una cláusula frecuente en las normas comunitarias que permite justificar un incumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo, una cuestión es que sea

(185) *Francia v. Comisión*, asunto C-59/91 (1992) REC I-526, auto del TJCE de 5 de febrero de 1992.

(186) El recurso se envió el 8 de febrero de 1991, finalizando el plazo de interposición el día 9 del mismo mes.

(187) Véase también *Irlanda v. Comisión*, asunto C-239/97 (1998) REC I-2655.

(188) Asunto C-59/91, apts. 10-11.

(189) A esta circunstancia se refiere K. P. E. LASOK, *The European Court of Justice*, Second edition, London, Butterworths, 1994, p. 205. En *Dinamarca v. Comisión*, asunto 349/85 (1988) REC 169, el Reino Unido solicitó su intervención en el caso fuera de plazo, por un error del Registro, aunque el TJCE declaró, mediante auto de 15 de octubre de 1986, que se trataba de un supuesto imprevisto, permitiendo su intervención. La resolución no se encuentra publicada en el REC, aunque sí aparece referida, de forma sumaria, en el Informe para la Vista, (1988) REC 169, p. 171.

enunciada con cierta reiteración y otra que constituya un principio general de este ordenamiento jurídico. Desde una perspectiva estricta, el TJCE parece mostrarse reacio a aceptar esta causa. De ahí sus repetidas alusiones a que debe tenerse en cuenta en cada contexto jurídico concreto y en relación a aquellas disposiciones que la recojan expresamente. Sin embargo, esta posición no evitaría necesariamente la consideración de la fuerza mayor como un principio, excepcional, pero alegable y susceptible de ser examinado por el TJCE, como lo ponen de manifiesto los casos en los que se ha aplicado analógicamente para evitar una aplicación normativa contraria a criterios de equidad. Igualmente, los procedimientos iniciados contra los Estados miembros bajo el art. 226 TCE (anterior art. 169) muestran que el TJCE no ha rechazado de plano la consideración de la fuerza mayor.

Por otra parte, de la jurisprudencia comunitaria se desprende la importancia de la debida diligencia a los efectos de que el TJCE admita la concurrencia de la fuerza mayor. Buena parte de los asuntos en los que ésta aparece no suscitan dificultades respecto a la naturaleza "ajena" de las circunstancias alegadas. Sin embargo, es a la hora de considerar si se adoptaron todas las medidas exigibles frente a un hecho imprevisto o anormal (con respeto del principio de proporcionalidad) cuando los argumentos expuestos por los demandantes decaen, sobre todo en el contexto del tráfico comercial en el que en una mayoría de supuestos se entiende que los hechos corresponden a situaciones "ordinarias" y, por tanto, no amparables en la fuerza mayor.