

UNIVERSIDAD NACIONAL DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO

GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR DE LA UNIVERSIDAD
DE BUENOS AIRES

TÍTULO DE LA TESIS:
”EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR
CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR”

Nombre del Director del trabajo de investigación:
Dr.Gustavo Jorge Salvatori Reviriego

Autor: Gloria Girotti

Noviembre de 2013

INDICE

Cap. I. Nociones introductorias.

- a. Introducción. P.9.
- b. Importancia del instituto. Sus derivaciones. P.13.

Cap. II. Antecedentes históricos.

a. Los pueblos antiguos.

1.Derecho cuneiforme. P.14.

1.a.Sumerios, acadios, Babilonia. Leyes hititas. Caldea: neo-babilonia.

1.b. Derecho egipcio, musulmán y hebreo.P.19.

2. Derecho griego. P.21.

3. El derecho romano. P.23.

1.El derecho primitivo. Epoca arcaica (S.VIII a S.IV AC).

2.El derecho en la República. Época pre-clásica.(S.IV a 27 AC).

3.El derecho Clásico. (-27 a S.III).

4.El derecho Helénico o posclásico.(S.III a S V).

5.Epoca Justiniana, bizantina o compilatoria.(S.V a 565).

b. El derecho medieval.P.29.

- 1.Leyes germanas. P. 29.
- 2.Redescubrimiento del *Corpus Iuris Civilis*. Los glosadores. Los pos-glosadores.P.35.
3. El derecho canónico.P.38.
- 4.Costumbres feudales. Regulaciones urbanas. La hispania romana. La hispania visigoda.P.41.
 - a. El Fuero real.P.42.
 - b. El Fuero Juzgo.P.43.
 - c. Las Siete Partidas. P.46.

c. El derecho moderno. P.50.

1.Codificación en Europa y América.P.50.

- a. El proyecto español de 1851.P.54.
- b. El derecho alemán. P. 56.
- c. El derecho francés.P.60.
- d. El derecho italiano.P.61.
- e. El derecho portugués.P.65.
- f. El derecho Suizo.P.65.
- g.El derecho argentino.P.66.
- h.El derecho chileno.P.68.
- i. El derecho uruguayo.P.69.

2.El common law.

- a. El derecho anglosajón.P.70.
- 3.Principios de UNIDROIT. P.76.
- 4.Código Europeo de Contratos.P.76.

Cap. III: Noción del *casus*.

- 1.Aproximación al concepto de caso fortuito.p.77.
 - 2. Caso fortuito y fuerza mayor. Cuestiones terminológicas.P.92.
 - 3. Distinta naturaleza. Concepciones monistas y dualistas.
 - a. Teorías monistas.P.94.
 - b. Teorías dualistas. La orden del soberano. Formas que reviste.P.101.
 - 4. Sistemas legislativos. P.113.
-

Cap. IV. Requisitos del caso fortuito.

- a. Los requisitos que delinear el caso fortuito. Estado actual de la doctrina. P.117.

b. Imprevisibilidad.P.129.

1. El caso fortuito como suceso imprevisible al tiempo de contratar. P.120.

1.1. La imprevisibilidad como presupuesto lógico de la inevitabilidad.P.126.

c. Inevitabilidad.P.127.

1-El caso fortuito como suceso inevitable.P.128.

d. Extraneidad.P.134.

1. El caso fortuito como suceso ajeno a la esfera de control del deudor. El caso fortuito “interno”o “conexo”.P.137.

e. Imposibilidad.P.140.

1-Imposibilidad objetiva e imposibilidad subjetiva.P.144.

2. Imposibilidad absoluta e imposibilidad relativa P.145.
3. Imposibilidad física e imposibilidad jurídica .P.150.
4. Imposibilidad total e imposibilidad parcial .P.154.
5. Imposibilidad definitiva e imposibilidad temporal.P.154.
6. Especial referencia a la distinción entre imposibilidad originaria e imposibilidad sobrevenida .P.155.
7. Imposibilidad y pérdida de la cosa.P.161.
8. La determinación de la cosa: noción de imposibilidad. P.163.
9. Imposibilidad y buena fe: la doctrina de la inexigibilidad .P 166.
- 9.1. Consideraciones en torno al principio de buena fe: especial referencia a su función en la integración de la relación obligatoria .P.168.

f. Actualidad.P.171.

1.Sobreviniencia y actualidad: caracteres del caso en el orden contractual.P.171.

g. Inimputabilidad.P174.

1-Requisito del caso. Corolario de la imprevisibilidad.P.174.

h. Extraordinariedad. P.176.

i. Notoriedad.P 178.

j. Distinción entre caso fortuito y difficultas praestandi. P.180.

1.La inexigibilidad en sentido amplio.P.180.

2. La excesiva onerosidad de la prestación.P.191.

2.1. Recapitulación: excesiva onerosidad, inexigibilidad en sentido amplio e imposibilidad relativa.P195.

2.2. El reconocimiento y la aplicación judicial de la cláusula rebus sic stantibus.P.196.

2.3. Efectos.P.207.

3. La frustración del fin del contrato.P.208.

3.1. Aspectos generales.P.208.

3.2. Configuración del supuesto de hecho de la frustración del fin del negocio. Su distinción de otras figuras.P.212.

3.3. Requisitos y efectos.P.217.

3.3.1. La frustración del fin del contrato en los proyectos de reforma del Código Civil. P.219.

Cap. V. Efectos del caso fortuito. El caso fortuito como eximente de responsabilidad, en el ámbito obligacional y aquiliano. P.224.

a. Caso fortuito y fractura del nexo causal. P.225.

b. Caso fortuito e incumplimiento obligacional.P.233.

b.1.La mora irrelevante o intrascendente. El art.892 del Código Civil. P.244.

c. Caso fortuito y culpa del deudor.P.246.

d. La prueba del caso fortuito. P.252.

d.1.La excepción. P.257.

d.2.El hecho notorio.P.258.

d.3.Que se debe probar.P.259.

Cap. VI. Conclusiones generales. P.264.

a) Noción conceptual del caso fortuito. P.264.

b)Requisitos de configuración. P.265.

c) Efectos que produce en la esfera obligacional y en la esfera aquiliana. P.271.

d).La relación causal. Efectos.P.278.

SINTESIS.P. 279. BIBLIOGRAFÍA GENERAL. P 286.

BIBLIOGRAFÍA INFORMÁTICA.P.294.

La exclusión de la responsabilidad civil por caso fortuito y fuerza mayor.

Capítulo 1: nociones introductorias.

a. Introducción.

Las diversas culturas desarrolladas por la humanidad, desde que han sido captadas por la historia, tienen en común, la introducción de reglas que abarcan situaciones que generan para el hombre inmerso en determinada sociedad, la obligación de indemnizar el daño ajeno causado.

Y tales normas contemplan causas – que en el mismo supuesto- la excluyen. De las causas exclusivas de responsabilidad, se conoce el denominado “caso fortuito” y la “fuerza mayor”.

En la actualidad, en la totalidad de los sistemas jurídicos de los estados occidentales la producción del daño genera la obligación de reparar, encuadrada en un sistema de normas, jerarquizadas, que conforman el régimen legal de responsabilidad civil. Todas ellas, receptan como eximente de la obligación, el caso fortuito y la fuerza mayor.

Sin embargo, la configuración, y los efectos del instituto, es imprecisa. Lo primero, derivado de la naturaleza de la conducta humana, que, como fenómeno de la realidad – hechos, no ideas- no se explica de modo abstracto, debiendo analizarse desde la experiencia. Lo segundo, deriva de la ausencia de consenso doctrinario sobre el impacto que genera la exclusión de responsabilidad, por esta eximente, en la sociedad.

La evolución científica y tecnológica de la humanidad, condiciona una ruptura entre los postulados teóricos y los casos empíricos, por lo que se propone un re-examen de las notas que caracterizan el caso fortuito, y de sus efectos como eximente de responsabilidad.

Consideramos que todos los objetos del entendimiento humano podemos dividirlos en dos géneros: la asociación de las ideas y los hechos. Los principios de conexión de las ideas son: la analogía, la proximidad o contigüidad y la causalidad. (los opuestos o contrarios resultan una mezcla de causalidad y de analogía).

Las conclusiones razonadas sobre los “hechos”, se basan en la relación causa-efecto, y el fundamento de tal conexidad es la experiencia. La habitualidad en la sucesión de un hecho vinculado y diferente a otro, genera la idea de causalidad. La ligazón del pensamiento, entre la causa y el efecto no proviene de la razón, sino de la habitualidad de su sucesión en la experiencia.¹

Los conceptos occidentales de responsabilidad, de derecho y de culpa –desde Aristóteles hasta la actualidad- se basan en el pensamiento causal, instalado en un espacio tridimensional y con un decurso regular del tiempo. Si bien no hay ninguna relación segura entre causa y efecto, sino que hay grados de probabilidad, la causalidad es una necesidad del espíritu humano, para pensar razonablemente. La mente humana

¹. Hume, David. “*L’Entendement .Traité de la nature humaine*”,p.85.ed.GF-Flammarion.Francia.1983

no crea sus leyes partiendo sólo de la naturaleza, sino que también las impone.²

Cuando tales leyes causales se fracturan por un hecho de la realidad, deviene el caso fortuito.

Intentamos adaptar funcionalmente a la realidad actual el contenido del saber o el conocimiento del caso fortuito, desmenuzamos sus notas configurativas aptas para activar la ruptura de la conexidad causal.

Analizamos la operatividad del caso fortuito en el ámbito de la causalidad, la atribución de sus consecuencias, en el incumplimiento inimputable y fractura del nexo causal. Explicitamos la gravitación de los factores subjetivos de atribución de responsabilidad (dolo y culpa) en la provocación del caso.

Comenzamos con la descripción analítica, precisa y especializada, de los contenidos de la unidad de conocimiento designada “caso fortuito o fuerza mayor”, desde la antigüedad a la actualidad. (Capítulo 2).

Luego, describiremos la noción del caso, su sinonimia con la fuerza mayor y las condiciones de su configuración. (Capítulo 3).

Estudiamos en el Capítulo 4, los requisitos que delinean el caso fortuito, en el desarrollo y en el estado actual de la doctrina.

Abordaremos el estudio de los efectos del caso fortuito en el ámbito obligacional y de la responsabilidad

² Watzlawick, Paul. “*La realidad inventada*”. “*Efecto o causa?*” p.57 y ss. ed. Gedisa .6ª edición. España.2005

aquiliana, tratando su incidencia en concurrencia con la culpa. (Capítulo 5)

Por último, justificaremos la hipótesis objeto de trabajo: la clave para distinguir los efectos del caso fortuito en ambos ámbitos de responsabilidad civil es la mora. Que podemos establecer como regla aplicable a la generalidad de las obligaciones, con independencia de su fuente, que sólo se carga con las consecuencias del caso fortuito, cuando el obligado está emplazado técnicamente en situación de moroso. Proponemos como regla general de la responsabilidad por caso fortuito, que se encuentren reunidos los requisitos de la mora –en el campo contractual- o de la responsabilidad en el ámbito aquiliano.

Amén de lo expuesto, aclaramos que, si bien el moroso carga con las consecuencias del caso fortuito (*perpetuatio obligationis*), como de "mora" sólo puede hablarse con propiedad en el ámbito obligacional, nunca podrá responsabilizarse por las consecuencias de un caso fortuito en el ámbito aquiliano.

Demostramos que la mora no requiere que la obligación pueda cumplirse para su conformación. El incumplimiento relativo es equiparable al absoluto de la obligación, pues en la faz de la responsabilidad de la obligación, se cumple por su equivalente. Luego, es indiferente que la obligación pueda cumplirse como en su faz puramente obligacional.

El propósito y los fines de este estudio explicados, es la delimitación nítida del instituto "caso fortuito", para demostrar que se carga con las consecuencias dañosas del caso fortuito, cuando se incurre en responsabilidad por

incumplimiento de la obligación o del deber genérico de no dañar, con la limitación establecida en los arts. 901 y ss. del Código Civil, en el supuesto aquiliano.(Capítulo 6).

b- Importancia del instituto. Sus derivaciones.

El estudio del caso fortuito o fuerza mayor, con el fin de delinear con precisión su configuración en los tiempos actuales, con sus innovaciones en las circunstancias sociales y culturales, cobra trascendencia como constitutivo de una causa de exclusión de la responsabilidad civil.

La atribución de las consecuencias dañosas, derivadas del incumplimiento obligacional o del deber genérico de no dañar, dependerá de su inexistencia, antes de la mora. Por el contrario, el deudor moroso deberá cargar con ellas. Interesa delimitar por cuales consecuencias del hecho responde el deudor moroso, en uno u otro ámbito de la responsabilidad civil: contractual o aquiliana.

Desde tiempo inmemorial se diseña el instituto de caso fortuito o fuerza mayor. Sin embargo, su perfil ha ido cambiando, de modo tal que hoy se advierte con mayor incidencia, una fractura entre los postulados teóricos y los casos empíricos.

El estudio del caso fortuito o fuerza mayor, y sus derivaciones, interesa desde un doble propósito: la configuración del caso operará como eximente de responsabilidad civil antes de la mora del deudor y, luego en la

extensión de la carga de las consecuencias dañosas del caso, del deudor moroso.

Capítulo II. Antecedentes históricos.

a. Los pueblos antiguos.

1. Derecho cuneiforme.

1.a. Los sumerios. Acadios. Babilonia. Leyes hititas. Caldea: neo-babilonia.

Las primeras civilizaciones, nacen en la Mesopotamia, tierra ubicada en el oriente próximo, entre los ríos Éufrates y Tigris, en Asia menor. En ella se sucedieron las civilizaciones sumeria, acadia, hitita, asiria, babilónica y caldea. Se estima que la población humana de la Mesopotamia data de 10.000 años antes de Cristo. En ella confluyeron distintos pueblos, se cree originarios de Asia, y procedentes del este, que lucharon entre sí por el dominio de los valles mesopotámicos.

La civilización sumeria se estableció, cerca del año 4000 AC, en el valle de Éufrates. Era un pueblo que vivía de la agricultura y el pastoreo de animales. Construyeron ciudades – estado sobre amplias terrazas artificiales, y su cultura dejó como legado la invención de la escritura cuneiforme y un nuevo ordenamiento humano que se evidencia en el estado, construido sobre la base de la escritura, el comercio y la ciudad.

Fueron dominados por los acadios (Sargón de Akkad), que gobernaron bajo la forma de un imperio, pero trascendió su cultura, en el pueblo conquistador.

Probablemente del Cáucaso arribaron los hititas, que se establecieron en Asia Menor y parte de Siria, formando un puente entre Asia y Europa. Utilizaron la escritura cuneiforme, y tuvieron sus propias leyes. Invadieron la Mesopotamia y conquistaron Babilonia, a fines del siglo XVII AC.

En el año 2882 AC surgió en el sur de la Mesopotamia, la ciudad de Babilonia. Los babilonios eran agricultores y comerciantes.

Al norte del Tigris, se asentaron los asirios, quienes derrotaron y destruyeron Babilonia en el año 669 AC. De esta antigua civilización se conservan algunos escritos en jeroglíficos cuneiformes, que datan del año 3200 AC.

La ciudad de Babilonia es refundada por los caldeos en el siglo VII AC y llega a su máximo esplendor bajo el reinado de Nabucodonosor II el grande.

En el año 1902, un equipo de arqueólogos franceses, descubre en Susa, Irak, un bloque de diorita de 2,23 metros de alto. Se trata de un ejemplar de las disposiciones del rey de Babilonia, Hammurabi de Babil, dictadas en el año 1752 AC, y conocidas como el “Código de Hammurabi”.

Sus párrafos escritos en casillas verticales, que se han numerado en 282, y están aisladas por la palabra “*shuma*”, que significa “si”.

Es el texto jurídico organizado de leyes más antiguo que se conoce, si bien con anterioridad, las comunidades

escribían en la piedra, que colocaban en el centro de la población, las reglas que las regían. Se afirma que conforma la recopilación de las leyes existentes en los pueblos antiguos de la mesopotamia.

En la Sala 3 del ala Richelieu del Museo de Louvre,(planta baja), donde hoy se encuentra el Código, se anota que dos obras jurídicas precedieron a la del sexto rey babilonio: la de Ur-Nammad Ur y la de Ishtar d'Issim: "*Deux compositions juridiques ...-celles du roi Ur- Nammad Ur (vers 2100AC) et du Ishtar d'Issim (vers 1930 avant J.C.)- précédent l'oeuvre d' Hammurabi*". Aunque es pacífica la consideración que el Código de Hammurabi es la primera estructura de compilación de leyes existentes.

El código de Hammurabi, contiene leyes que disponen quien cargará con las consecuencias, en caso de desastres naturales o designo divino.

La casilla 45 dice: "*Si un hombre arrienda su campo a un arrendatario y recibe la renta de su campo y el divino Adad devasta el campo o se lo lleva una riada, los perjuicios serán sólo para el arrendatario*"

La siguiente dice: "*Si no hubiese recibido aún la renta del campo –tanto si arrendó el campo a medias o a tercias- la cebada que haya quedado en el campo se la repartirán el arrendatario y el dueño del campo según la proporción pactada*".

La casilla 48 dispone: "*Si un hombre contrae una deuda y el divino Adad devasta su campo o se lo lleva una riada, o, por falta de agua no se produce cebada en el campo, en ese año no le devolverá cebada a su acreedor; que moje la*

tablilla y no pague el interés de ese año”(Tablilla mojada: se deshace el barro, el contrato desaparece).³

Son dos supuestos en que un desastre de la naturaleza, la riada o inundación, la sequía, u otro fenómeno divino que “devaste” el sembrado, liberan al deudor del pago de la deuda o la limitan en proporción del devaste. Uno en caso de arrendamiento y el segundo, en todos los supuestos de deuda que genere intereses. Se trata de la inclusión del caso fortuito o fuerza mayor en el campo obligacional.

En la locación, si el caso sucede luego de pagado el alquiler, las consecuencias dañosas, las carga el locatario. Si aconteciera antes del pago de la renta, los daños se atribuyen en la proporción –medias o tercias- en que se hubiere pactado el arrendamiento.

En el segundo, (préstamo de dinero),la pérdida de la cosecha por caso fortuito, libera al deudor de la devolución de lo debido y sus intereses, por el término de un año.

El artículo 249 prescribe: “*Si uno alquiló un buey y si Dios lo golpeó (si ha muerto) el hombre que tomó el buey en alquiler, jurará por la vida de Dios y será libre*”.⁴

El artículo 266 del Código babilónico, establece: “*Si en el establo ocurre golpe de Dios o asáltale el león, jure el pastor ante Dios y soporte el amo el daño que ocurrió en el establo*”. Esta norma libera de responsabilidad al cuidador del establo de responsabilidad por las pérdidas

³ Código de Hammurabi.<http://www.abcdioses.noneto.com>

⁴ Jimenez De Asúa, Luis “*Tratado de derecho penal*” T.VI. Losada. Bs.As.1962. pag.226.

ocasionadas por caso fortuito o fuerza mayor: golpe de Dios o asalto del león.⁵

Las leyes de los pueblos mesopotámicos, compiladas en el Código de Hammurabi, contemplaron los estragos causados por eventos de la naturaleza o designo de los dioses, en los campos –caso fortuito o fuerza mayor- como causal de exclusión de la responsabilidad por el incumplimiento del pago de una deuda, por el arrendamiento de la propiedad, y por el incumplimiento relativo en el pago de una deuda contraída, que genere intereses. Y también, las pérdidas de animales causadas por el caso, la soportaba el dueño de los animales, eximiendo de responsabilidad al locatario o custodio.

Destacan los estudios del antiguo Código que:

“En cuanto al caso fortuito este código seguía la tesis subjetivista o culposa, tal lo que acontece con los siguientes supuestos, citados a título de ejemplo:

art. 244: si alguno hubiere tomado en alquiler un buey o un asno y un león lo matare en campo abierto, cargará con la pérdida el propietario.

“art. 256: si el rebaño fuese víctima de una epidemia o fuera presa de un león, el pastor establecerá su inocencia ante Dios y la pérdida del ganado será a cargo del propietario.

*“art. 266: si en el establo un golpe divino se produce o el león ha matado una bestia, jure el pastor ante Dios y soportará el amo el daño que sufrió en el establo”.*⁶

⁵ Código de Hammurabi.<http://www.abcdioses.noneto.com>

⁶ Díaz de Lezcano Sevillano, Ignacio *“El caso fortuito y la fuerza mayor en el Código Civil”*, Universidad de la Laguna, Tenerife, España.1987. p.103.

1.b. Derecho egipcio, musulmán y hebreo.

Las fuentes jurídicas del derecho egipcio antiguo directas, son escasas. Se conocen en las estelas y papiros, frecuentemente encontrados en las tumbas.

Se conoce como el primer código egipcio, el Código de Bocchoris, quien reinó durante el VIII AC.

El segundo conocido, el Código de Hermopólis, del siglo III AC., consiste en un rollo de papiro de 2 metros de largo por 35 centímetros de alto.

Se trata de una recopilación del derecho egipcio de siglos anteriores, que contiene normas hereditarias, de contratos y de alimentos entre cónyuges.⁷

La principal fuente de derecho musulmán es El Corán, y su interpretaciones realizadas por los profetas: los sunnas. Se trata de un derecho de fundamento divino, que le fue anunciado a Mahoma por el arcángel San Gabriel, en el año 652. El texto sagrado contiene lo que es inmutable y resume lo modificable, que fue, luego realizado por los profetas⁸.

Dispone que el arrendatario corre el riesgo de la pérdida de la cosa por caso fortuito, sin que se libere del pago de la renta; pero si la pérdida ha sobrevenido por motivos imputables a las condiciones del suelo, nada deberá al arrendador. Previsiones similares contiene para el contrato de compraventa.

⁷ www.egiptologia.com “Concepto de justicia, ley y derecho en el antiguo Egipto”

⁸ Quesada, Juan Martos. “*El Corán como fuente de derecho*”. Dialnet.uniroja.es. Cuadernos de historia del derecho ISSN.1133-7613-nº 11.2004, p.327-338.

*“Le corresponde probar que la cosa se perdió por caso fortuito o fuerza mayor, en la mayoría de los casos contra la presunción normal de que se perdió por su negligencia; entrar en los detalles, en los que este sistema de presunciones se articula, sería demasiado”.*⁹

El derecho hebreo o leyes mosaicas (Pentateuco), o las leyes de Jehová dictadas a Moisés, en los cinco primeros Libros del Antiguo Testamento contiene los Diez Mandamientos y distintas leyes sobre los siervos, sobre el homicidio, (Éxodo 21-22), diversos preceptos, penas para varios delitos, (Levítico 19-20), leyes de la guerra, varias leyes, ley del divorcio. (Deuteronomio 19-20-21-22-23 -24).

En el capítulo 21 del Éxodo dice:

10. “Si alguno hubiere dado a su prójimo asno o buey, u oveja, o cualquier otro animal a guardar, y se muriere, o se perniquebrare, o fuere llevado sin verlo nadie;

11. Juramento de Jehová tendrá lugar entre ambos de que no echó su mano a la hacienda de su prójimo; y su dueño lo aceptará y el otro no pagará;

12. Más si le hubiese sido hurtado resarcirá a su dueño.

13. Y si le hubiere arrebatado por fiera, traerle testimonio y no pagará lo arrebatado.”

Podemos considerar que los pueblos antiguos, cuyo derecho era de origen divino, teocrático, tenían la noción del “caso fortuito”, como eximente de responsabilidad. Si bien no delimitaron el concepto, captaron puntualmente la exención

⁹ Quesada, Juan Martos. “El Corán como fuente de derecho”. Dialnet.uniroja.es. Cuadernos de historia del derecho ISSN.1133-7613-nº 11.2004, p. 327-338.

en situaciones de vínculo contractual, como en el contrato de mutuo, de compraventa, de locación y de depósito. El daño causado por el hecho de los dioses, de los animales, de fuerzas invencibles y ajenas a la actividad, constituían un eximente de responsabilidad.

2. Derecho griego.

Atenas, la principal de las ciudades griegas, recibió de Dracón y de Solón sus primeras leyes fundamentales entre los años 620 y 593 antes de Cristo y fue así como se inició la evolución que culminaría en la democracia. A partir de las leyes de Dracón, primer legislador ateniense, y de Solón, se distinguieron dos tipos de leyes: las de la Naturaleza, o de los dioses, y las leyes puramente “humanas” o de la ciudad.

A partir de la legislación de la ciudad, los atenienses empezaron a ser gobernados por un nuevo tipo de poder al que llamaron *nomos* o “norma” (palabra equivalente a la *lex* o “ley” de los romanos) que no provenía de dioses, sino del interior de la *polis* o ciudad-estado. *“La obediencia de los griegos a las leyes de la polis asombró a pueblos primitivos como los persas, que sólo obedecían al mando de un déspota. A la ciudad organizada por sus leyes constitucionales, los atenienses le dieron el nombre de politeia, que es lo que hoy llamaríamos República.”*¹⁰

¹⁰ Padilla Juárez, Alejandra. “Introducción a la sociología, la economía y las ciencias políticas”. Tema 5, “Sociedad, Estado y Política”. Eumed.net.biblioteca virtual.

Las primeras leyes escritas (Dracón) eran leyes muy severas, las que derogadas por Solón fueron reemplazadas por normas más benignas.

Fueron definitivamente derrotados por los espartanos (404 AC), con Filipo de Macedonia y fue el fin de la polis.

Podemos afirmar que es en Grecia, en Atenas en el siglo VI AC, que se abandona una organización teocrática y tirana, para dar nacimiento al gobierno de ley creada por los ciudadanos: “...no permitimos que gobierne el hombre, sino la ley, porque el hombre ejerce el poder para sí mismo y acaba por hacerse tirano”.¹¹

Es en la obra de Aristóteles, que encontramos una referencia a los daños causados que no han podido ser previstos:

*“Así, pues hay tres especies de daños en las relaciones sociales. Los causados por ignorancia son errores cuando se obra sin darse cuenta ni de la persona afectada ni del acto, ni del instrumento, ni del fin....Ahora bien cuando el daño se produce contrariamente a una razonable previsión es una desgracia; cuando no contrariamente a una razonable previsión, pero sin maldad es un error culpable. Hay error culpable cuando el principio de la ignorancia está en el agente; hay desgracia cuando está fuera de él”.*¹²

¹¹ Aristóteles. “*Ética Nicomaquea*”. P. 68, L.V “*De la justicia*”. Versión de Antonio Gomez Robledo. Ed. Porrúa. México. 1997.

¹² Aristóteles “*Ética Nicomaquea*”. p.68, L V. “*De la justicia*”. Versión de Antonio Gomez Robledo. Ed. Porrúa. México. 1997.

3-El derecho romano

Para nuestro trabajo, el estudio de la institución en el desarrollo del derecho romano resulta interesante, porque abarca el período más extenso de la historia del derecho y abarcó el más amplio imperio de la antigüedad.

Desde la fundación de Roma, en el siglo VIII antes de Cristo, hasta el VI de nuestra era; fue derecho vigente en todos los pueblos del Mediterráneo. Su vigencia cesa con la codificación de fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX; en Alemania continúa rigiendo hasta comienzos del siglo XX.

La codificación iniciada con la sanción del Código Civil Francés de 1804, que se generaliza en Europa y América, se inspira en las instituciones y principios del derecho romano.

El historiador inglés Eduardo Gibbon, en su obra “*Historia de la decadencia y ruina del Imperio Romano*”, analiza la historia romana desde la publicación de la ley de las XII Tablas (siglo V AC) hasta la muerte de Justiniano. La divide en tres períodos de trescientos años aproximados, que distingue según el derecho elaborado por los juristas. Considera que no hay información suficiente de la etapa primitiva o arcaica, o sea el período que va desde la fundación de Roma –siglo VIII AC– hasta la publicación de la ley de las XII Tablas.

La época arcaica se caracterizó por un derecho rudimentario; los jurisconsultos interpretaban los preceptos de

origen divino, que junto con las “*mores maiorum*” eran las fuentes principales del derecho. Las facultades del comicio para legislar –*lex*- eran muy limitadas.

Siguiendo la cronología de la obra citada de Eduardo Gibbon, los tiempos que van de la publicación de las XII Tablas (siglo V AC), hasta el nacimiento de Cicerón (fines del siglo II AC) se caracterizaron por la limitada actividad de los jurisconsultos impuesta por la inadmisibilidad de aplicarlo a las relaciones que no fueran entre “*civis*”.

En el período siguiente, se extiende desde el nacimiento de Cicerón hasta la muerte de Alejandro Severo. Esta época fue la de mayor producción y desarrollo jurídico de Roma. Gibbon la denomina “*la época de oro de la jurisprudencia romana*”.

Es cuando surgen los grandes juristas: Catón, es considerado el primer jurisconsulto. A fines de la república y comienzos del Imperio, se intensifica la enseñanza del derecho, si bien no sistematizada hasta bien entrado el imperio- y la redacción de libros jurídicos. Nacen las escuelas rivales en los comentarios y fórmulas de las XII Tablas: Proculeyana y Sabiniana, inspiradas en Labeón y Capitón, (en ese orden).

Los siglos II y III de la era cristiana, dieron luz a las opiniones de los juristas Papiniano, Paulo, Ulpiano, y Modestino entre quienes serían los últimos grandes creadores de la antigua Roma.

A partir de la muerte de Alejandro Severo, y hasta la muerte de Justiniano, siglo VI de nuestra era, los juristas se dedican a comentar y transmitir la obra y el

pensamiento jurídico de los grandes juristas de la época anterior, (llamado período clásico).

A fines del siglo III, y luego de la “*Fragmenta Vaticana*”, no se conocen obras originales de derecho. Las obras características tienden a compilar o resumir obras existentes.

Los primeros “códigos” fueron privados: el Código Gregoriano y el Código Hermogeniano. Luego, se publicaría una compilación oficial: el Código Teodosiano (año 438 DC).

A pesar de la caída del Imperio Romano de Occidente, en manos de los bárbaros, el derecho de Roma, continuó su vigencia para las cuestiones entre gentes de pueblos vencidos.

Fueron los mismos bárbaros vencedores, los que ordenaron la redacción de las compilaciones “*Lex Romana Wisighotorum*”, “*Lex Romana Burgundiorum*” y el “*Edictum Theodorici*”.

En el Imperio Romano de Oriente, con capital en Constantinopla, Justiniano lleva adelante la mayor compilación del derecho romano: el *Corpus iuris civilis* (529-534 DC).

Para la consideración del instituto que nos ocupa, podemos concluir que es recién en la compilación justiniana, que podemos hallar una cuestión de interés.

En las reconstrucciones de las XII Tablas, no encontramos la figura del caso fortuito. Como aproximación a una justificación causal, apreciamos que en la Tabla XI, se dispone que si el homicidio es consecuencia de que “*el arma*

huye de la mano y no es lanzada”, el autor es castigado sólo al sacrificio de un cordero.

La doctrina suele criticar que las fuentes no diseñaron un concepto del “*casus*”; tal vez por la reticencia de los juristas romanos a delinear con precisión los institutos que creaban, para permitir su adaptación a las nuevas conquistas.

Podemos encontrar en el Digesto (L. IV, t. II, 2) una definición de la fuerza mayor como el ímpetu de cosa mayor que no se puede repeler. Este sería el caso de una inundación, un terremoto, un huracán, etc.

Aunque, en principio, esta eximente abarcaba todos los supuestos que excluían el dolo (la intención) del agente. Comprendía hechos de la naturaleza como del hombre. En palabras de Bernardino Alimena, “Se denominaba “*casus*”, tanto en el derecho privado como en el derecho penal, todo lo que tenía lugar sin intención o más allá de la intención. A los hechos no dolosos no se inflingía, por tanto, una pena, sino, a lo más, una *castigatio*, de policía o una medida disciplinaria”. “*casus idest negligencia*”(Digesto).¹³

La consecuencia del acaecimiento del “*casus*” era la indemnidad. Resume Ciceron: “*nullum crimen est in casu*”.

El caso, se separa de la culpa, con la *lex aquilia* (280 AC), que unifica las leyes del daño injusto, en un gran avance, que se calificó como “*talión económico*”. Se

¹³ Alimena, Bernardino. “*Principios de derecho penal*”, trad. por Eugenio Cuello Calón, Vol. 1, Madrid, Victoriano Suarez, 1915.p.380 y 412

incorpora la culpa como requisito mínimo de imputabilidad en materia de daños.¹⁴

En el derecho privado obligacional, se consideró su existencia en aquél “*evento que supera los límites de la diligencia que todos deben tener*”.¹⁵

Luego, la sucesión del “*casus*”, eximía de responsabilidad, que se fundaba en general, en la culpa y el dolo. El hecho fortuito operaba como eximente, tanto en el incumplimiento relativo (mora) como en el absoluto.

Se presentaba como una fuerza extraña al sujeto, que no le permitía cumplir con la norma jurídica.

Algunos autores, distinguen en las palabras de Ulpiano: “*fortuitus casus nullum Humanum consilium praevidere potest*” (ninguna inteligencia humana puede prever los casos fortuitos) y “*omnen vim cui resisti non potest*” (toda fuerza que no se puede resistir) los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor. Para el primero, la característica es la imposibilidad de prever y en el segundo, la irresistibilidad. En ambos casos, el efecto es la indemnidad.

Delinearon las excepciones a la eximición de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor: el pacto en contrario, cuando el caso fortuito era producto de dolo o culpa del deudor, y cuando se producía luego de la mora del deudor.

Una situación aparte es la responsabilidad por la custodia. Es el caso del depositario de una cosa, a quien se

¹⁴ Jansen, Nils, “*Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna*”. P. 12 y ss.. En www.indret.com. Working Papers n°128.Barcelona, abril de 2003.

¹⁵ Alimena, Bernardino. “*Principios de derecho penal*”, trad. por Eugenio Cuello Calón, Vol 1, Madrid, Victoriano Suarez, 1915.p.380 y 412.

le había encargado la custodia. Y del *receptum nautarum, cauponum et stabularium*. (patrón de navío, posadero y dueño de establos).

En estos supuestos, en principio, la responsabilidad del cuidador era inexcusable. Por obra de los pretores (Labeon), se admitió la excusabilidad en casos especiales: naufragios, ataques de piratas. Estos eventos se denominaron “*damnum fatale*” o “*vis maior*” y excluían la responsabilidad del custodio.

Con relación a la acción otorgada por el pretor a quien sufría un daño por cosas caídas o arrojadas desde un edificio, lo era con independencia de la culpa.

En resumen, el derecho romano desde los tiempos arcaicos fue construyendo la noción del caso fortuito, como evento imprevisible o irresistible, en la aplicación de casos particulares y variados, estableciendo las excepciones a la indemnidad por el caso, perfilándolo como exclusión del dolo y la culpa, para la atribución de responsabilidad.

b- El derecho medieval.

En el período de la historia que se denominó “medieval”, puede considerarse un derecho intermedio, entre el tiempo que corrió en Europa Central, desde la caída de Roma de occidente hasta el renacimiento del derecho

romano, con la Escuela de Bolonia, para algunos, y a partir del siglo XIII, para otros.

En este ámbito temporal y territorial, vemos el derecho germánico, anterior a la revolución conceptual que significó la reedición del derecho romano, y el derecho local, compilado en “*Lex Romana Wisigotorum*”, *Lex Romana Burgundiorum*” y el “*Edictum Theodorici*”.

1-Leyes germanas.

El contenido del derecho germánico es producto de una construcción intelectual, creada a partir de la obra de los historiadores latinos Tácito y César. Se elabora con las similitudes encontradas en las fuentes citadas, las que relatan la historia de algunas tribus germánicas: sólo las indo europeas que se asentaron en Europa central.

Entre los caracteres del derecho germánico, descrito por Tácito y César, vemos la costumbre como fuente de derecho, su transmisión oral, mediante frases o versos, para memorizarlos de generación en generación. Se puede categorizar como primitivo; la resolución de conflictos era espontánea, utilizando los sentidos como signo fidedigno de verdad.

El derecho no se distinguía de la religión y se inspiraba en los valores bélicos.

Las instituciones tenían un carácter asociativo, es decir existía un fuerte espíritu de comunidad.

El derecho se vinculaba a la raza y no a la tierra y al cambiar de lugar llevaban consigo el derecho. Esto produjo una dualidad jurídica en el momento que penetraron y se asentaron en el imperio entre su derecho y el romano.

Las principales fuentes sobre el derecho germánico, son: el “*Comentario de la guerra de las Galias de Cesar*”,(S. I AC) y “*De las costumbres, sitios y pueblos de la Germania*” de Tácito. (S. II DC).

En los siglos IV y V, se produce el desplazamiento de pueblos germanos hacia Europa central.

Algunos invadiendo territorios por la fuerza, otros migrando mediante acuerdos de ayuda militar, con el Imperio romano, en virtud de un foedus.

Estas migraciones de los pueblos germánicos hacia el imperio Romano produjeron un cambio en la estructura política del imperio, y en el derecho arcaico germano, que evolucionó hacia la adopción de las instituciones jurídicas de Roma.

La llegada de los pueblos germanos, conduce a la aparición de nuevas estructuras políticas.

Bajo la forma de reinos, que debilita el poder de Roma, tanto sobre germanos, como de romanos.

Un factor relevante para el cambio del mundo romano de hasta entonces devino en la situación interna de Roma, en la que se destaca la reducción de la población imperial, la mala administración de las provincias, la pérdida de los ideales romanos característicos y falta de solidaridad entre Occidente y Oriente.

Sobre las migraciones de los pueblos indo-europeos podemos rescatar dos teorías: la “teoría catastrófica” del renacimiento humanista, según la cual el Imperio romano fue arrasado por las sucesivas invasiones germánicas que explica el fin del mundo antiguo y comienzo del mundo medieval. Y la que sostiene que las invasiones bárbaras consistió en un proceso migratorio prolongado y progresivo de los pueblos germanos, unido a la decadencia del mundo romano.

Los pueblos germanos establecidos, ya sea por irrupción violenta o por contrato (*foedus*), en tierras del Imperio, adoptaron el derecho vigente en los pueblos que dominaban, iniciando la compilación de las leyes existentes.

Citamos antes, que los bárbaros vencedores, realizaron la redacción de las compilaciones “*Lex Romana Wisigotorum*”, “*Lex Romana Burgundiorum*” y el “*Edictum Theodorici*” (El Breviario de Alarico, etc.).

Luego, en el tema en análisis, no se produjo en el ámbito del derecho germano innovación sobre la conceptualización del caso en el derecho romano, no obstante podemos anotar el estancamiento evolutivo del instituto, hasta el redescubrimiento del *Corpus Iure Civilis*, a comienzos del siglo XI.

En el período intermedio, en el derecho de germania, el deudor cumplía su deuda con la prestación. La falta de cumplimiento de la obligación era un agravio punible. El deudor no podía alegar la imposibilidad de cumplimiento no culposa. Es decir, el deudor respondía aún por caso fortuito, por el hecho ajeno a su voluntad, imprevisible o inevitable.

“Así por ejemplo, si el vendedor de una finca no podía realizar la prestación, porque se lo impedían los titulares del Beispruch, tenía que responder por ello.”

*“Lo mismo sucedía con respecto al comodatario, al que le habían robado o menoscabado la cosa confiada”.*¹⁶

*“...Como establecen Ihering, Gierke, y Stobbe el principio de responsabilidad causal (causalhaftung), independientemente de cualquier responsabilidad moral, es que domina el primitivo derecho germánico”.*¹⁷

El principio de causalidad, por oposición al principio romano de la culpa, se imponía como principio nacional alemán. Cabe considerar que dicho principio estaba contenido también el derecho de otras culturas, como las costumbres fenicias, los derechos de Israel, Asiria, etc.¹⁸

Con el tiempo, el asentamiento en el centro de Europa de las tribus germanas, y el comercio sobreviviente, fueron apareciendo excepciones al principio meramente causal.

¹⁶ Planitz Hans. *“Principios de derecho privado germánico”*, Barcelona. España. Bosh. 1958. p.223. en Díaz de Lezcano Sevillano, Ignacio *“El caso fortuito y la fuerza mayor en el Código Civil”*, Universidad de la Laguna, Tenerife, España. 1987. p.128.

¹⁷ Ihering, Gierke y Stobbe, *“La responsabilidad sin culpa”*, citados por Garcilopez Miguel, Madrid, España. 1930, nota 150, p.36, en Díaz de Lezcano Sevillano, Ignacio *“El caso fortuito y la fuerza mayor en el Código Civil”*, Universidad de la Laguna, Tenerife, España. 1987. p.128.

¹⁸ Fernandez Martin-Granizo. *“Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español”*, Pamplona. España. 1972. p.48 en Díaz de Lezcano Sevillano, Ignacio *“El caso fortuito y la fuerza mayor en el Código Civil”*, Universidad de la Laguna, Tenerife, España. 1987. p.129.

Las primeras de ellas, fueron en los casos en que estaba presente la obligación de restituir: el depositario y el porteador.

Si el depositario de un animal probaba que el animal había muerto de muerte natural, quedaba liberado.

Si el carro del porteador era saqueado durante el transporte, era liberado.

Se incluyeron causales de liberación de responsabilidad en supuestos de incendio, inundación, esterilidad, derrumbamiento de una casa. La idea de “legítima necesidad” era la válvula de exoneración de responsabilidad por el incumplimiento objetivo. Se mantiene el principio causal para el resto de los deudores. Así, se mantiene como postulado que el deudor responde por culpa y por caso fortuito. Pero se distingue entre “caso fortuito” y “fuerza mayor”. La segunda, exonera al deudor.

La distinción entre “caso fortuito” – por el que responde el deudor- y la “fuerza mayor” – que libera al deudor, es si el hecho fortuito es interno (caso fortuito interno) o bien el hecho fortuito es externo, (caso fortuito externo).

Este postulado no se aplicaba en forma coherente.

Así en el caso del pastor al que los lobos o los ladrones arrebatan algún animal, solamente quedaba liberado si lanzaba un grito de alerta, (*Gerüfte*).

En caso de incendio, si las cosas quemadas en la *Gewere* – toda relación entre una persona y una cosa que gozara de tutela jurídica- eran del acreedor y no simultáneamente del deudor, este quedaba obligado a indemnizar. Es decir, del

hecho de que se hubieren ¹⁹quemado las cosas propias del deudor, se concluía que era caso fortuito que exoneraba al deudor.

Si el deudor tenía las cosas ajenas, para ventaja propia, tampoco se aplicaban las exenciones de responsabilidad por caso fortuito.

En síntesis, en el derecho germano anterior a la inserción del derecho romano de los conquistados, el principio de causalidad era el postulado considerado “nacional”: el deudor respondía por el caso fortuito. Luego, aparecieron las atenuaciones al principio, en casos concretos, que se tradujo en la exoneración del deudor por caso fortuito externo y en los supuestos de obligaciones a restituir, el porteador y el acaecimiento de “calamidades”.

2. Redescubrimiento del *Corpus Iuris Civilis*. Los glosadores. Los pos-glosadores.

Los historiadores atribuyen a la aparición de la burguesía y el desarrollo de los burgos, el redescubrimiento del *Codex justiniano*. Es en la Universidad de Bolonia (1080 DC), que se profundiza el estudio de la compilación de Justiniano; Irineo (*Irnerius*) y sus discípulos, realizaron la exégesis de los

¹⁹ Fernandez Martin-Granizo. “Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español”, Pamplona .1972. p.48 y ss.en Diaz de Lezcano Sevillano, Ignacio ”*El caso fortuito y la fuerza mayor en el Código Civil*”, Universidad de la Laguna, Tenerife, España.1987. p.127 y ss.

textos, por medio de glosas. Otros comentaristas, fueron adaptándolo a las nuevas circunstancias sociales, y los humanistas, lo analizaron en la génesis y sus elementos constituyentes.

Pero fue a partir de este redescubrimiento, en el siglo XI, que comenzó un tiempo en Europa, donde se aplicó indiscutidamente la letra y el espíritu del derecho romano justiniano, que junto con el canónico, eran los únicos estudiados en la Universidades. (“Doctor en ambos derechos”)

Durante varios siglos coexistieron el derecho justiniano y el derecho canónico, conformando el “derecho común”, sustrato jurídico general de Europa occidental. En ausencia de una norma local, se debía aplicar este “*ius commune*”.²⁰

Los glosadores, durante los siglos 1100 DC a 1250 DC, y luego los pos-glosadores desde el siglo 1250 DC a 1450 DC, preparan el camino del renacimiento del derecho romano.

Esta unicidad del derecho en Europa, con fuente única en el *Corpus Iure Civilis* y el derecho canónico, perdura hasta el siglo XVIII, donde es barrido por una nueva concepción de estado y la formulación de Códigos nacionales.

Se denomina “derecho común” al sistema de leyes, normas, teorías, y construcciones jurídicas que se

²⁰ Fernandez Martin-Granizo. “Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español”. Pamplona . España.1972. p.48 y ss. en Diaz de Lezcano Sevillano, Ignacio ”El caso fortuito y la fuerza mayor en el Código Civil”, Universidad de la Laguna, Tenerife, España.1987. p.127 y ss.

desarrollaron entre comienzos de la Edad Media y la codificación del siglo XVIII.²¹

Este conjunto se forma con el derecho canónico y el derecho romano, si bien no logra una uniformidad, dada las diferencias entre sus directivas (Por caso, el número de testigos exigidos por *Corpus Iuris Civilis* son siete, mientras que el derecho canónico exige sólo tres, y el reintegro de la dote al viudo con hijos, en ambos cuerpos).²²

Le inserción del derecho romano, a través de los glosadores, pos-glosadores, prácticos y humanistas, introdujo el rechazo a la responsabilidad por caso fortuito.

Estableciendo la responsabilidad, sólo por dolo o culpa, matizando - a diferencia del derecho germano - según los grados de la misma: culpa *lata*, culpa *levis*.

La doctrina de la Edad Media, agrega a la gradación de la culpa, la culpa levísima, que se aproxima a la responsabilidad por caso fortuito del derecho germánico, ya que exige para exonerarse de responsabilidad la de una diligencia mayor, de un experto.

Es la idea de la culpa la que infiere responsabilidad. La responsabilidad basada en la culpa, es desarrollada en forma especial por los glosadores, pos-

²¹Clavero,B. “*Temas de historia del derecho. Derecho común*”. (Sevilla,1979).p.41.en Diaz de Lezcano Sevillano, Ignacio “*El caso fortuito y la fuerza mayor en el Código Civil*”, Universidad de la Laguna, Tenerife, España.1987. p.131.

²² Clavero,B. “*Temas de historia del derecho. Derecho común*”. (Sevilla,1979).p.41.en Diaz de Lezcano Sevillano, Ignacio “*El caso fortuito y la fuerza mayor en el Código Civil*”, Universidad de la Laguna, Tenerife, España.1987. p.132.

glosadores, humanistas y prácticos del derecho. Estos juristas, la mayoría eclesiásticos, se vieron influenciados por la tesis de la culpabilista de la responsabilidad del derecho canónico. Así conjugan ambos sistemas de derecho: civil y canónico, y son teñidos por las costumbres locales, y el derecho germánico.

Se puede considerar que a través de la construcción de la culpa levisima, o “culpa menor”, el caso fortuito no excluía siempre lo que hoy denominamos la responsabilidad.

Los glosadores y pos-glosadores, admiten tres supuestos de responsabilidad por caso fortuito:

- 1- cuando ha precedido culpa,
- 2- cuando se está en mora,
- 3- cuando se ha acordado.

La liberación por caso fortuito en esta visión, confirma la posición culpabilista de los glosadores y pos-glosadores, en cuanto a la atribución de responsabilidad.

Si precede la mora al caso fortuito, media culpa del sujeto, antes del acaecimiento del *casus*, el incumplimiento - o el daño- se produce por el retardo imputable o la culpa.

El acuerdo de renuncia a la exoneración por caso fortuito, es consecuencia de la libertad contractual imperante en la época, en la que por aplicación del principio de autonomía de la voluntad, se permitía todo tipo de pactos.

3. El derecho canónico.

El primer *Corpus iure canónico*, fue editado en el año 1500, pero su primera versión definitiva data de 1582, revisada por una comisión de juristas nombrada por el Concilio Tridentino.

En el derecho canónico se distingue la culpa del caso fortuito el que se define como el caso que “*o no pudo preverse o, que una vez previsto no pudo evitar*”, por lo que “*no queda sujeto a ninguna pena*” (*canon 1323, párrafo 3º*).²³

Para el orden canónico no es admisible ningún delito sin culpa y la imputabilidad jurídica supone siempre la imputabilidad moral.

Para la comisión de un delito, se requiere el dolo, que el Código define : “*la voluntad deliberada de violar la ley*”. Una vez que la ley fue violada, el dolo se presume, mientras no se pruebe lo contrario.

Cuando por un hecho indeliberado, se produce un daño, se origina el cuasi-delito o delito culposo. Ese hecho “*inconsultum*” se distingue del caso fortuito porque sus consecuencias pudieron ser previstas por una persona diligente, a diferencia del caso fortuito, por el que no se responde.

El nuevo Código de derecho canónico promulgado por S.S. Papa Juan Pablo II, el 25 de enero de 1983, que completa el programa de renovación de la doctrina cristiana, propuesto veinticuatro años antes por Juan XXIII,²⁴ mantiene el

²³ *Código Canónico.* www.vatican.va/archive/ESL0020/_P4V.HTM o books.google.com.ar.

²⁴ *Código Canónico.* www.vatican.va/archive/ESL0020/_P4V.HTM o books.google.com.ar.

precepto de que nadie puede ser castigado “*a no ser que la violación externa de una ley o precepto que ha cometido le sea gravemente imputable por dolo o culpa*” (canon 1321, agrega “precepto” a su anterior de 1917).

Se requiere para imputar responsabilidad al sujeto, la imputabilidad física – violación exterior de una ley o precepto- y la imputabilidad moral: la voluntad.

Prescribe: “ *queda sujeto a la pena ...quien lo infringió deliberadamente; quien lo hizo por omisión de la debida diligencia, no debe ser castigado a menos que la ley o el precepto dispongan otra cosa*” (canon 1322).

Las fuentes de la imputabilidad moral son el dolo y la culpa. El primero es la violación deliberada de una ley o un precepto. El segundo es la omisión de la debida diligencia.

Consideran los comentaristas citados “*Es distinto del caso fortuito, ya que en éste no hay voluntad ninguna de producir el resultado delictivo...Una importante modificación en el actual CIC es, en concordancia con el espíritu de benignidad que impera, la afirmación de que únicamente es distinto del caso fortuito, ya que en éste no hay voluntad ninguna quedan sujetos a la pena los delitos cometidos por dolo, a no ser que la ley establezca otra cosa*”.

El canon 1323 dice: “*No queda sujeto a ninguna pena quien, cuando infringió una ley o un precepto: 1º...2º...3º. obró por violencia o caso fortuito que no pudo prever o que, una vez previsto no pudo evitar*”.

Es la misma norma del Código anterior: los actos ejecutados con violencia, sin distinguir entre fuerza física resistible o irresistible, se consideran como inexistentes, porque no dependen de la voluntad del forzado sino del forzante, y le son únicamente imputables a éste último.²⁵

El caso fortuito, hecho imprevisible o inevitable, su exención de imputabilidad está determinada por la ausencia de elemento subjetivo del delito; en este supuesto queda únicamente la imputabilidad física, por falta de voluntad delictiva, (ausencia de dolo o culpa).²⁶

4. Costumbres feudales. Regulaciones urbanas. La hispania romana. La hispania visigoda.

Los principales códigos medievales de la hispania, fueron el Fuero Juzgo y las Partidas. Ambos abrevaron del derecho romano y del *Corpus Iuris Civilis*.

Las fuentes locales, las costumbres municipales, fueron tiñendo las instituciones romanas y convertidos en los “fueros”: legislaciones que regían en las distintas comunas hoy españolas, de la hispania medieval.

²⁵Código Canónico. www.vatican.va/archive/ESL0020/_P4V.HTM o books.google.com.ar.

²⁶ Código Canónico. www.vatican.va/archive/ESL0020/_P4V.HTM o books.google.com.ar.

Alfonso X, redacta “ el Fuero Real” y lo impone como Fuero municipal en los distintos Burgos de hispania.

Dicta “Las Partidas” pero a pesar de su vigencia, se reconoció la paralela del Fuero Juzgo de León y Castilla.

Conviven en hispania, el “Fuero Real” y “Las Partidas” de Alfonso X, y el “Fuero Juzgo”, de León y Castilla, éste anterior, con fuente en la *Lex romana visigothorum* y la costumbre de esas tierras (como el Fuero real).

Ambos Fueros recogieron la tradición germánica, si bien los pueblos de la germania en su penetración en Europa Occidental, mantuvieron las construcciones de la ley de Roma, para sus conquistados.

1. El Fuero Real.

Como ejemplo de la influencia de la tradición germana en el derecho medieval, el Fuero Real español, establece que si se pierden cosas ajenas conjuntamente con las del poseedor, por accidente, el poseedor no responde; pero si sólo se hubieran salvado las cosas del poseedor, se presume su culpabilidad y responde por el caso fortuito.(calamidad). Tal criterio es el que establece el derecho germano, para el supuesto de incendio en el “*gewere*”.

A su vez, otras normas del mismo Fuero Real, demuestran su fuente en el derecho romano *visigothorum*:

“Si el empréstito es fecho pro solamente aquél que lo recibió, e pierde la cosa por su culpa, grande o pequeña, quanto quier sea la culpa, sea tenuto de dar la valia a su dueño; pero si se perdiere por alguna desventura no vino por su culpa, o si no le fizo pleyto de darla a su dueño, maguer que la perdiese porcualquier desventura que fuese, o si gela tuvo mas sin razón derecha que no la hubiera de tener, e depuse al tiempo que la hubiere de dar se perdio: ca por estas tres razones, o por cada una de ellas por si, es tenuto el que recibió el emprestido, dedarlo quien gelo dio, maguer que lo pierda por alguna desventura:y esto sea sino se perdió su muerte natural: ca si murió de su muerte, e se perdió de tal guisa que su dueño la perdiera , maguer non gela prestase, no sea tenuto de gela dar”.(Fuero Real, ley 2^a)

“Quien cavallo, o otra cosa emprestare o otri para usarlo en su casa , o en otro lugar nombrado, si aquel servicio para que fuere emprestado se perdiere sin su culpa, el que lo tomo emprestado no haya pena: mas si lo uso de otra guisa que no fue puesto, sea tenuto de dar la valia”.(Fuero Real, ley 5^a).²⁷

2.El Fuero Juzgo.

²⁷ Diaz de Lezcano Sevillano, Ignacio.” *El caso fortuito y la fuerza mayor en el Código Civil*”, Universidad de La Laguna, Tenerife, España, 1987, p. 137.

El Fuero Juzgo, si bien se ha considerado un cuerpo de leyes dirigidas a la contienda o al proceso, contiene normas sobre la incidencia del caso fortuito en la responsabilidad civil.

Recordemos que rigió -desde el siglo XIII hasta comienzos del siglo XIX- en los reinos de Castilla, León, Toledo, Andalucía otras cortes o juntas hispanas.

Como la estructura normativa de la época, encontramos la concepción de las consecuencias del caso fortuito en la responsabilidad del sujeto, del compendio de casos particulares en una casuística que repite las situaciones ya descritas en los cuerpos legales, por ser –probablemente- las situaciones previstas, la más frecuente causa de conflicto.

Algunos casos son:

a- “ Si algum omne tomar en comienda o empréstito, cavallo o buey o otra animalia é aquella animalia muriere, peche este o cual otro que la recibió al señor de esta animalia, sil dieran alguna cosa por la guarda. E provar que la animalia es muerta, este que la guardava non demande nada por la guardar, é yure todavía que aquella animalia non fue muerta por su culpa nin por negligencia, é assi non sea tenuto de pechar el animalia. E otro si decimos de las cosas prestadas.”

Se trata del contrato de depósito de animales, que mueren; es un animal que fue dado en custodia, a guardar en “comienda” o “empréstito”. La solución depende de si el depósito fue oneroso o gratuito: si el depositario recibió un precio, y el animal muere, debe pagar al depositante o entregar una cosa semejante al dueño; si nada se pagó por el depósito, el depositario queda liberado, si jura que en la muerte no medió

culpa o negligencia. Esta regla se aplica del mismo modo para el depósito de toda otra cosa, que se perdiera. (Fuero Juzgo, Libro V, Título V, ley 1º).

En el supuesto de animales prestados para el trabajo dice la ley 2ª del Fuero Juzgo:

“Si alguno empresta o aluga su cavallo, su yegua, su mula o otra animalia, é por alguna enfermedad murier en pode de aquél que la recibiera, deb yurar que ni por su culpa ni por su negligencia no fue muerta, é non sea tenuto por la pechar. Mas si muriere por muchas feridas, ó por gran carga, ó por grand trabajo, peche otra tal animalia al sennor de ella. E si el animalia emprestada finiere danno a algun omne, péchelo aquel que la tinie emprestada”.

En el supuesto de préstamo de animales para trabajo, el que lo recibe sólo responde por su muerte, en caso de carga o de trabajo o de castigos. En tal caso, debe entregar uno semejante al dueño.

La ley tercera del Fuero Juzgo, contempla el caso de las cosas que se pierden por hurto, o por incendio:

“Si algun ame diere en guarda a otro ó plata ó ornamentos, ó otras cosas, ó se lo diera que lo vendiese, si se perdió aquella cosa o se quemó con otras cosas en casa de aquel que la recibiera , este que la recibió venga a su sennor con testimonios , é del un scripto de quanto perdió, e yure que ninguna cosa non ende á , ni metió en su provecho: e assi non sea tenuto de pagar ende nada , sea ende el oro o la plata que non pueden arder. E si algún ome mientras la casa ardió levó dem alguna cosa, y el sennor de la cosa lo supo, si no pudiere fallar, péchelo en quatro duplos e si fallar alguna cosa de aquellas del que eran

encomendadas, entequela a su sennor de las cosas. E si la cosa que era encomendad o en guarda se pierde por furto, den espacio a aquel que la recibió en comenda, como fuere razón por demandar al ladrón fastal plazo, peche la meitat de las coss al sennor, hy el sennor pierdala otra meitat. E si por aventura el sennor fallar aquellas cosas en casa de aquel que las recibiera ascondidas, que dize que las perdiera o que ya las furtaran, este pague tanto por ellas como el ladron pagarle.”.

Por esta ley si las cosas se pierden por incendio o por hurto:

- a. si se pierden todas, el prestatario pierde todo, nada debe,
- b. si salva cosas propias, debe indemnizar al dueño,
- c. si salvare bienes ajenos, el juez señala que parte pasará a propiedad del prestatario,

Si la pérdida se produjo por hurto, el prestatario sólo está obligado a la devolución de la mitad de lo prestado.

En esta tercera ley del Fuero Juzgo, algunos autores han visto una cierta influencia del derecho germánico, en una postura objetiva en relación a la liberación de responsabilidad por caso fortuito, y no como resultado de la ausencia de culpa.

En la ley cuarta, el Fuero Juzgo, vuelve al derecho romano justiniano, considerando el caso fortuito como ausencia de culpa o negligencia:

“Si alguno toma aver prestado dotri, hy el que le recibe promeete dar usuras, si la pecunia se perde por ventura é no por culpa ó negligencia del deudor, aquel que la prestó debe demandar usuras. E si se perdió por culpa del qui la

recibió, dve pechar la pecunia y las usuras. Y si el finiere, si la ganacia es tanto cuema la pecunia, peche la pecunia y las usuras.”

Quien recibe “pecunia” y promete “usuras”, si se pierde sin culpa, debe sólo lo prestado; si se pierde por culpa, debe lo prestado más las “usuras”. En una concepción negativa o subjetiva de considerar el caso fortuito como ausencia de culpa.²⁸

3. Las siete partidas.

En el siglo XIII, luego de la fragmentación de España, con el advenimiento de la monarquía, se profundiza la recepción del derecho romano. Se aplica el derecho romano y – en forma subsidiaria- el derecho canónico, y los estatutos locales.

En Castilla, de 1256 a 1263, el monarca Alfonso X, dicta el Código de las Siete Partidas.

El tratamiento del caso fortuito en este Código, es más significativo que en los anteriores cuerpos legales reseñados.

Recepta de modo puro la teoría subjetiva romanística del caso fortuito: la ausencia de culpa. El concepto de caso fortuito en las Siete Partidas, lo encontramos en la Partida nº 7, título XXXIII, ley 11ª:

²⁸ Diaz de Lezcano Sevillano, Ignacio.” *El caso fortuito y la fuerza mayor en el Código Civil*”, Universidad de La Laguna, Tenerife. España, 1987,p.140

“...otrosi dezimos que casus fortuitos, tanto quiere decir en romance , como ocasión que ascaece por ventura de que non se puede ante ver. E son estos, derribamiento de casas, fuego que se enciende a so ora, e quebrantamiento de nauio, fuerça de ladrones o enemigos...”

Esta concepción subjetiva se plasma en la partida V, sobre el contrato de comodato y transporte, respectivamente.

“E de tal préstamo como este: (comodatum) dezimos que aquel que lo rescibe, que es tenuto de la guardar tambien como si fuesse suyo propio, e aun mejo si pudiere. E si non lo fizzesse assi, si se perdiesse o si se muriesse, o se empeorasse por su culpa, tenuto es de pechar, otra cosa o tan buena como aquel que gela prestó. Pero si auiniesse por ocasión, e non por su culpa: entonces no sería tenuto de lo pechar”.

“A cuestras por si mismos, o en alguna su bestia o en carreta o en anue, prometiendo en levar algund ome, vino, o olio, ó otra cosa semejante en odres, o en alcollas, o en toneles, o pillares de malmol, o redomas, o otra cosa semejante destas: si levadol de un lugar a otro, cayere por su culpa, aquello que leuare, o se quebrantare, ose perdiere tenuto es de lo pechar. Otrosi dezimos, que si se perdiese, o se menoscabasse, o se muriesse la cosa que touisse alogada, alguno por alguna ocasión que auniesse sin su culpa del, assi como si fuesse sierou o alguna bestia si se muriesse se muerte natural: o si fuesse naue, e peligrase por tormenta que acaeciese: o si fuese casa e se quemasse, o fuesse molino, e le lleuassen aunedas de rios: o por otras cosas quales quier semejantes destas que se perdiese o

*se muriese por tal ocasión como sobredicho es , que non seria tenuto de pechar el que la tuviese alogada. Fueras ende por casos señalados. E primero es que si cuando logo la cosa, fizo tal pleyto con el señor de ella , que como quier que ascaesciesse de la cosa, que fuese tenuto por lo pechar.El segundo es si fiziesse tardanza de tornar la cosa al señor que non deuia e desde aquel tiempo, que gela deuiera auer tornado se persdiesseo empeorasse. El tercero es , si por su culpa acesciesse aquella ocasión por que se pierde o se muere la cosa”.*²⁹

En otros pasajes, podemos encontrar la concepción objetiva del caso fortuito, por caso, en la partida 7ª, Título XV, ley 24.

En las Siete Partidas, el principio es que si la cosa se pierde por caso fortuito, y sin su culpa, las consecuencias no son imputables al deudor.

Establecieron las siguientes excepciones:

- a. si el deudor dio ocasión al deterioro o la pérdida,
- b. si estuviera en mora,
- c. si se acordó expresamente,
- d. si el riesgo del caso fortuito es del álea del contrato,

Al igual que los glosadores y pos-glosadores, receptan tres excepciones al criterio de exonerabilidad por caso fortuito - aquí “ocasión”- y agregan una cuarta: el supuesto de que el riesgo fuera del objeto especial del contrato.³⁰

²⁹ Díaz de Lezcano Sevillano, Ignacio.” *El caso fortuito y la fuerza mayor en el Código Civil*”, Universidad de La Laguna, Tenerife. España, 1987,p.140

³⁰ Díaz de Lezcano Sevillano, Ignacio ”*El caso fortuito y la fuerza mayor en el Código Civil*” Universidad de la Laguna, Tenerife, España. 1987, p. 146 y ss.

En materia de contrato de transporte la Partida V, Título 8, sigue exactamente las reglas del derecho romano.

El porteador, es responsable por las cosas que transporta, salvo por vicio de ellas o por caso fortuito. El que transporta por nave, responde por las pérdidas *“por engaño que ellos fiziessen o por otra su culpa”*. Esta última parte se interpreta como “culpa levísima”, contigua al caso fortuito u ocasión. En la Partidas, el transportador naviero, está reglado como un ejemplo que se puede extender a todo transportista o porteador.

También son casos fortuitos, el incendio, el desborde de ríos, la ruina de la nave, la fuerza enemiga, que para excluir la responsabilidad por las pérdidas del porteador, este debe haber actuado con diligencia “exactísima”. Si actuó con culpa levísima, es el responsable.

En el contrato de depósito, se consigna a modo de sanción por el incumplimiento de lo convenido – pecado contractual- que el deudor en mora carga con los riesgos posteriores de la cosa depositada.

En cuanto al contrato de arrendamiento, las Partidas liberaban al arrendatario del pago del precio cuando los frutos se perdían por el acaecimiento de hecho que no fuese habitual, como las inundaciones, incendio, o la langosta, u otros gusanos u otros hombres lo destruyesen o por alguna otra ocasión. (caso fortuito).

El Código de las Siete Partidas de Alfonso X, aceptó el pacto de asunción del caso fortuito, en materia de arrendamientos y de depósito. (Partida V, Título II, ley 3ª).

c. El derecho moderno.

1-Codificación en Europa y América.

El siglo XIX se puede denominar el siglo de la codificación. La codificación supuso: *“Un modo de insuflar a los ordenamientos jurídicos unos determinados ideales políticos, económicos y sociales, constituyendo normas unitarias en un sistema basado en la lógica”*.³¹

Debemos tener en cuenta, que el primer código fue el de Baviera de 1756, seguido por el de Prusia, de 1794.

Si bien se considera la codificación como un fenómeno estrictamente de Europa continental, es destacable que en la época había derechos europeos que regían fuera de Europa.

Los países hispanoamericanos – en su mayoría – no se limitaron a recibir códigos europeos, como Japón, Siam o Turquía, sino que participaron de la codificación y realizaron la suya propia.

“No estamos, pues, ante un caso de dependencia cultural, en Hispanoamérica sino de una comunidad cultural entre Europa e Hispanoamérica: el derecho castellano y el derecho portugués, que también fueron codificados”.³²

³¹ Bravo Lira B. *“Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana”*. Univ. De Chile. www.restudioshistoricos.equipu.cl/index.php/rehj/article/viewfile/118/115

³² Bravo Lira B. *“Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana”*. Univ. de Chile. www.restudioshistoricos.equipu.cl/index.php/rehj/article/viewfile/118/115

Pueden distinguirse dos grandes fases: la primera, se inicia en Baviera (código de 1756), y culmina con el Código de Prusia de 1794 y los *Cinq Codes* franceses de 1804-1810. La segunda, que abarca el siglo siguiente, y donde alcanzó su máxima extensión territorial, puede considerarse cerrada con los códigos civiles de Alemania, BGB de 1896, de Suiza, ZBG y de Brasil de 1916.

En los países cunas de la codificación, Baviera, Prusia y Austria, la codificación precedió a las constituciones. En cambio en América, España y Portugal, la codificación sucedió al constitucionalismo, pero al igual que en Europa los códigos han sobrevivido a las constituciones.³³

Se anticipa, como el primer código civil promulgado en América, el Código de Louisiana de 1808, bajo el nombre de “*Digeste des lois civiles*”; sus fuentes fueron el proyecto de *Code Civil* de 1800, antecedente del *Code Civil* de Francia de 1804, pasajes de los “*Commentaries on the Law of England*” de William Blackstone; éste último, fuente de la Constitución de los Estados Unidos de América.³⁴

Junto a la tendencia a codificar, prospera la de recopilar las leyes vigentes. La principal obra de fines del siglo XIX de ese género es la “*Novísima recopilación de leyes de Castilla*” de 1805. La tendencia que finalmente se impuso fue la de formar códigos legislativos particulares.

³³ Bravo Lira B. “*Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana*”. Univ. de Chile. www.restudioshistoricos.equipu.cl/index.php/rehj/article/viewfile/118/115.

³⁴ Guzmán Brito, A. “*Las fuentes de las normas sobre interpretación de las leyes del “Digeste des lois civiles” (Code Civil) de la Louisiana.*” Revista de estudios históricos-jurídicos. ISSN 0716-5455, nro.31, p.171-195. Dialnet. Univ. de La Rioja.

En algunos casos, en Hispanoamérica, codificar significó superponer un derecho extranjero. En Santo Domingo y Oaxaca, estado de Méjico, se impuso una traducción de los *Cinq Codes*.(1825/1829). También en Bolivia, con algunas modificaciones.

Las materias principales dentro de la codificación son la penal y la civil. Y en ellas se encuentran dos primeros grandes códigos: el penal español de 1848 y el civil chileno de 1857, que encabezan una familia de códigos.

En cuanto al trabajo de codificación es notable la explicación de la tarea que nos da el autor del segundo código penal español, (1848) Manuel de Seijas Lozano:

“Lo primero que hice fue estudiar ad hoc la legislación penal de todos los países europeos y de otros pueblos en que también se ha adelantado. Este estudio... me reveló... que la Europa generalmente puede decirse que no se rige más que por un código, que es el Código francés y precisamente,...en mi concepto es el peor de todos los códigos. El código peor redactado, peor combinado y peor calculado es el que Francia tiene, pero...es mucho más fácil copiar que inventar y esa es la causa por la que se ha adoptado en muchísimos pueblos de Europa.”

En cambio, *“el pueblo que creímos más atrasado es el que se había dado la legislación más adelantada, el mejor código del mundo...el código del Brasil...El Brasil no obedeció a ese impulso ciego que había arrastrado a Europa a adoptar la legislación francesa.”*³⁵

³⁵ Bravo Lira B. “*Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana*”. Univ. De Chile. www.restudioshistoricos.equipu.cl/index.php/rehj/article/viewfile/118/115 p.57 y ss.

El Código Civil chileno es obra de Andrés Bello, quien dijo de su obra: “Desde...luego no nos hallamos en el caso de copiar a la letra ninguno de los códigos modernos. Era menester servirse de ellos sin perder de vista las circunstancias peculiares de nuestro país.”³⁶

El código de Bello, en cuanto a constituir un cuerpo ordenado y completo de derecho nacional, fue “la cabal realización del ideal codificador común a los países de derecho castellano y portugués”.³⁷ Fue adoptado por varios países hispanoamericanos e inspiración de los códigos de Uruguay, Argentina y Paraguay.

En Brasil, de modo similar a Alemania, se comienza con una compilación, la “*Consolidação das leis civis*”, obra de Augusto Texeira de Freitas, quien realiza luego el *Esboço de Código Civil*, inconcluso, y fuente de nuestro Código Civil de 1871.

Se distinguen dos tendencias en la corriente codificadora de Europa continental e Hispanoamérica: una fiel al derecho castellano y portugués, representada por el Código de Bello y la *Consolidação* y la otra, europea influida por el *Code* francés, representada por el Código Civil español de 1851, y su siguiente de 1889 y el portugués de 1867.

³⁶ Bravo Lira B. “*Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana*”. Univ. De Chile. www.restudioshistoricos.equipu.cl/index.php/rehj/article/viewfile/118/115. P.57 y ss.

³⁷ Bravo Lira B. “*Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana*”. Univ. de Chile. www.restudioshistoricos.equipu.cl/index.php/rehj/article/viewfile/118/115. P. 57 y ss.

a. El proyecto español de 1851.

El proyecto de Garcia Goyena, bajo el título V :“ *De las obligaciones que provienen de los contratos*” trata la responsabilidad de origen contractual. En el capítulo tercero de dicho título, trata de establecer reglas orgánicas de exoneración, bajo el título: “ *Del resarcimiento de los daños y perjuicios y abono de intereses*”, en los artículos 1101 y siguientes del proyecto.

El artículo 1014 del Proyecto de 1851 dice: “*En ningún contrato tiene lugar la responsabilidad por caso fortuito si no se hubiere pactado expresamente, salvo lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 1006 y en el 1160*”.

El artículo 1006, referido, dice: “*Desde que el contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes, el riesgo de la cosa corre a cargo del acreedor. Cuando el obligado se haya constituido en mora, o se haya comprometido sucesivamente a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas será de su cuenta el peligro de la cosa hasta que se verifique la entrega*”.

El artículo 1160 del mismo Código, refiere: “*Cuando la deuda consistiere en una cosa cierta y determinada y se perdiere sin culpa del deudor, y antes de constituido éste en mora, la obligación queda extinguida...*”. Debe indemnizar el deudor cuando se ha obligado a responder de los casos fortuitos. “*...aun cuando el deudor se haya constituido en mora ,si no se ha obligado a responder de los casos fortuitos, la obligación se extingue siempre que se pruebe que la cosa se hubiera perdido*

*igualmente en manos del acreedor si se hubiera hecho su entrega.”*³⁸

El principio es que no se responde por caso fortuito; las excepciones (de la excepción a la regla de responsabilidad por incumplimiento) son la asunción convencional, la mora, o doble venta de la cosa pericada.(Salvo la compraventa de cosa determinada que hubiere pericado igualmente en manos del acreedor). Y cuando la imposibilidad sobreviniente, fuera imputable al deudor. Estas reglas se mantienen en el derecho español actual. Con la particularidad que el Código Civil Español de 1888,deja a salvo los derechos forales. *”La eficacia general derogatoria del Código, presenta, sin embargo, algunas excepciones que son las siguientes : 1º Los derechos forales...2º Los cuerpos legales que versaban sobre materias distintas de las reguladas por el Código.3º Las leyes especiales que el propio Código declara subsistentes”*.³⁹

b. El derecho alemán.

El derecho alemán no define el caso fortuito y la fuerza mayor. Su concepto y efecto se derivaba de los artículos 275, 276-1, 279, 280 del B.G.B.

³⁸ Garcia Goyena, Florencio . *“Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español”* T.III, p. 29,42 y 172. Madrid, 1852, Imprenta de la Sociedad Tipográfica Editorial. books.google.com.ar.

³⁹ Diez Picazo Luis y Gullon Antonio *“Instituciones de Derecho Civil”* Vol. 1 pag.45. ed. Editorial Tecnos Madrid.1974.

El art. 276.1, dice: *“El deudor en tanto no esté determinado otra cosa, ha de responder del dolo y de la culpa. Obra culposamente quien desatiende la diligencia exigible en el tráfico...”*.

El art. 275 reza: *“quedará libre el deudor de su obligación cuando la prestación llegare a ser imposible a consecuencia de una circunstancia surgida con posterioridad al nacimiento de la relación obligatoria y de la cual no sea responsable”*.

Se equipara el caso de imposibilidad sobrevenida con posterioridad al nacimiento de la relación obligatoria, al de que el deudor se incapacite ulteriormente para hacer la prestación.

Art. 279 expresa: *“Si el objeto debido está determinado solo por el género, el deudor, en tanto la prestación del género sea posible, ha de responder por la imposibilidad de la prestación, incluso si no le es imputable culpa alguna”*,

Art.280 dice: *“Si la prestación llegara a ser imposible a consecuencia de una circunstancia de la que el deudor deba responder vendrá obligado para con el acreedor a la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento”*.

“El criterio que usa la definición del artículo 276 del B.G.B. es objetivo y abstracto. No se obtiene la concepción de culpa atendiendo a la individualidad...sino en atención “ a las exigencias del tráfico”, así habrá que estar a la diligencia que las gentes capaces y conscientes del círculo

*profesional del agente consideren suficiente para la circunstancia en cuestión”.*⁴⁰

En caso de imposibilidad parcial, el acreedor que rehúsa la parte posible, porque la ejecución parcial carece de interés para él, puede reclamar daños y perjuicios.

De los artículos citados, se deduce que la regla en el derecho alemán era que el deudor se libera de responsabilidad de cumplir sobrevenida sin culpa, adhiriendo al concepto negativo, que identifica la ausencia de culpa con el caso fortuito.

El Código Civil alemán ha consagrado la responsabilidad por culpa como principio general, y por excepción, en casos especiales, establece el principio de causalidad.

Se encuentran excepciones a la norma general “*casum sentit Dominus*”.

Tal el caso del vendedor y el arrendador que son responsables de los daños por vicios de la cosa. El deudor de sumas de dinero, carga con el daño moratorio. En cambio, el depositante, el comodante y otros deudores sólo responden de los daños causados por los vicios o defecto de sus cosas en caso de culpa.

En el caso del colono respecto del ganado, instrumentos de labranza, etc. recibidos bajo inventario, los hoteleros, los transportistas, de ferrocarril o vapor respecto de las cosas y personas transportadas, y el fabricante por la muerte de sus obreros, dentro de la fábrica, la ley le impone la

⁴⁰ Díaz de Lezcano Sevillano, Ignacio, “*El caso fortuito y la fuerza mayor en el Código Civil*” Universidad de la Laguna, Tenerife, España, p. 175 y ss.

responsabilidad por el caso fortuito. Pero permite la exoneración mediante una prueba de descargo en caso de fuerza mayor.

Para el derecho alemán – que distingue en sus efectos el caso fortuito de la fuerza mayor- la fuerza mayor es una excepción a la regla de la responsabilidad por caso fortuito en algunos contratos.

A fines de la década de 1970, el Ministerio Federal de Justicia alemán, encomendó a académicos y prácticos dictámenes para analizar el derecho vigente, juzgar sus carencias y proponer soluciones. Luego de publicados estos trabajos en tres volúmenes, en 1984 se formó la Comisión para la reforma del derecho de las obligaciones, que publicó su informe final en 1992.

El proyecto de discusión de la ley de actualización del derecho de las obligaciones, fue publicado *on line* en el 2000. Con las críticas y oposiciones de los consumidores, empresarios y organizaciones sociales el Ministerio Federal de Justicia alemán, reelaboró el proyecto. La reforma entra en vigencia en enero de 2002, publicada en el Boletín Oficial el 29 de noviembre de 2001.

Los fines la reforma fueron legislar las propuestas realizadas en los años 80, de partes del derecho de obligaciones, incorporar las directivas europeos y la legislación especial protectoria de consumidores y usuarios.

El nuevo régimen, mantiene la imposibilidad como causa de extinción de la obligación; si el incumplimiento le es imputable, el deudor es responsable del daño que causa su incumplimiento. La responsabilidad por el incumplimiento, se funda en la violación de un deber.

A los supuestos de incumplimiento de las obligaciones –imposibilidad de cumplir y mora imputable– se agregan los supuestos de inexigibilidad de la prestación. (art.275.2 y 281 BGB). Se incorporan los distintos supuestos de incumplimiento total, parcial y defectuoso. (art.281 BGB).

Se incorporan los denominados “deberes de protección”, diferentes del “deber de prestación”. Y sanciona el deber de reparar los daños producidos por la violación de estos deberes de protección. (art, 241.2 282 de BGB).

Se mantienen los factores de atribución (imputación) la culpa y el dolo, como residuales: a falta de pacto entre las partes, o del contenido de la obligación que comprenda la garantía o la asunción del riesgo.(art,276.1 BGB).

*“El 276.2 mantiene la tradicional definición normativa de la culpa o negligencia como aquella actuación en que no se ha tenido en cuenta la diligencia o cuidado exigible en el tráfico”.*⁴¹

La reforma del BGB, se ha sostenido, delinea un régimen flexible de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones.

*La fuerza mayor que libera es “un acontecimiento cognoscible, pero imprevisible, que no deriva de la actividad en cuestión, sino que ...viene de afuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse con las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar”.*⁴²

⁴¹ Lamarca Marqués Albert.”*La modernización del derecho alemán de las obligaciones:la reforma del BGB*” Barcelona 2001.”*Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones*” Barcelona.2002

⁴² Bravo Lira B. “*Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana*”. Univ. de Chile.www.restudioshistoricos.equipu.cl/index.php/rehj/article/viewfile/118/115

Los caracteres que definen la fuerza mayor son: imprevisibilidad, (según la comprensión y experiencia humana), extraneidad, ajenidad, (sea por la naturaleza o las personas), e inevitabilidad, (por medios económicamente aceptables, por la más extremada diligencia que pueda esperarse,) y poco frecuente.

c.El derecho francés.

La doctrina mayoritaria sostiene que a diferencia del derecho alemán, el derecho francés trata conjunta o en forma indistinta las expresiones “caso fortuito” y “fuerza mayor”. Planiol y Ripert, por el contrario, sostienen que el caso fortuito designa lo imprevisto y accidental del hecho extraño e inesperado, que obsta el cumplimiento; en cambio, la fuerza mayor refiere a lo invencible del obstáculo.

El artículo 1147 del Código francés establece que el deudor será condenado, por el incumplimiento absoluto o relativo de la obligación, salvo que pruebe que el incumplimiento proviene de una causa extraña que no le puede ser imputada y que no hubo mala fe de su parte.

El artículo 1148, dispone que no se deben daños e intereses , en caso que el deudor ha estado impedido de cumplir o hizo algo prohibido, por caso fortuito o fuerza mayor.

La doctrina ha considerado que el primero (art.1147) refiere a toda causa ajena al deudor y el segundo a la fuerza mayor.

La jurisprudencia francesa ha aplicado la definición de las leyes romanas: acontecimiento imprevisible o que previsto no se ha podido impedir.

En el campo delictual, las Cámaras reunidas el 13 de febrero de 1930, afirmaron que la *“presunción de responsabilidad puede ser destruida por la prueba de un caso fortuito o fuerza mayor o de una causa ajena que no le sea al demandado imputable”*.⁴³

d. El derecho italiano.

El Código Civil de 1865, regulaba el caso fortuito como eximente en los artículos 1225 y 1226.

El artículo 1225 exoneraba al deudor incumpliente –en forma relativa o absoluta- si éste era consecuencia de una causa extraña que no le era imputable, ni medió mala fé.

El artículo 1226, liberaba del resarcimiento de daños, por caso fortuito o fuerza mayor, por no cumplir o hacer aquello que estaba prohibido.

La doctrina se dividió en dos posturas: una, sostuvo que la imposibilidad de cumplir debía ser absoluta y

⁴³ Diaz de Lezcano Sevillano, Ignacio. *“El caso fortuito y la fuerza mayor en el Código Civil.”* Universidad de la Laguna, Tenerife, España. 1987, p.186.

objetiva; la segunda, bastaba la dificultad que exigiera una diligencia mayor a la normal, para liberar al deudor.

El Código de 1942, no define el caso fortuito. Lo contempla en los artículos 1176, 1218 y 1526.

El art. 1176 dice: *“en el cumplimiento de sus obligaciones el deudor debe usar la diligencia de un buen padre de familia. En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valorarse en relación con la naturaleza de la actividad ejercida”*.

El art. 1218 reza: *“El deudor que no ejecuta exactamente la prestación es responsable si no prueba que el incumplimiento o el retardo ha sido determinado por imposibilidad de la prestación derivada de causa a él no imputable”*.⁴⁴

El artículo 1256 dice: *“La obligación se extingue cuando la prestación deviene imposible por causa no imputable al deudor”*.

“si la imposibilidad es temporal, el deudor no es responsable del retraso en el cumplimiento, en tanto perdure aquélla.” No obstante, la obligación queda extinguida cuando en relación al título o al objeto, el deudor no puede ser obligado a cumplir la prestación o ha decaído el interés del acreedor en conseguirla.

La imposibilidad sobreviniente, debe ser por causa no imputable ajena al deudor, para operar como causal de

⁴⁴ Visintini Giovanna *“Tratado de la responsabilidad civil”* T 1 pág.92. Traducción de Aída Kemelmajer de Carlucci. Astrea 1999.

extinción de la obligación, según los artículos, 1218 y 1256 del Código de 1942.

El principio es que la diligencia debida es la de “un buen padre de familia”, establece el artículo 1176 del mismo Código, como nota destacable del sistema de liberación del deudor.

En la redacción del art. 1218, la exoneración del deudor queda subordinada a dos elementos : uno subjetivo y otro objetivo. El primero consiste en la causa no imputable y el segundo, la imposibilidad de cumplir. Se requiere, para no responder por incumplimiento que la prestación de haya tornado imposible y que la imposibilidad sea imputable al deudor. La causa de imposibilidad no imputable es cualquier hecho que impida absolutamente el cumplimiento y que sea invencible o irresistible. Agregamos que debe ser imprevisible, porque si fuera previsible, no resultaría inimputable.⁴⁵

Alguna doctrina ha considerado que el Código italiano de 1942, adhiere a la doctrina negativa, respecto del caso fortuito, al encuadrarlo en la imposibilidad de cumplir la obligación sin culpa del deudor.⁴⁶

Parte de la doctrina italiana, limita el campo de aplicación de la norma del art. 1218 al supuesto de imposibilidad sobreviniente de la prestación. Para estos autores, la regla central es la del art.1176: el límite del esfuerzo del deudor es la

⁴⁵ Díaz de Lezcano Sevillano, Ignacio “*El caso fortuito y la fuerza mayor en el Código Civil*”, Universidad de la Laguna, Tenerife, España.1987. p.191.

⁴⁶Díaz de Lezcano Sevillano, Ignacio “*El caso fortuito y la fuerza mayor en el Código Civil*”, Universidad de la Laguna, Tenerife, España.1987. p.192.

diligencia de un buen padre de familia. La culpa es así el fundamento de la responsabilidad por incumplimiento.⁴⁷ (Giorgiani)

Para otra es indudable que el art.1218 del Código Civil Italiano de 1942, adhiere a la doctrina de Osti. La fórmula prevé las diversas formas de incumplimiento de la obligación – el incumplimiento *tout court*, el inexacto y el tardío- y todas obligan al deudor a resarcir los daños provocados. El límite es la posibilidad de cumplimiento, pero si la imposibilidad de cumplimiento le es imputable, responde más allá de ese valladar.⁴⁸ La hipótesis del art.1176 ya no sería la regla general para resolver la responsabilidad por incumplimiento, sino que su aplicación, se resume al cumplimiento de las obligaciones de medios o de mera actividad .Sostiene que la nueva legislación ha diseñado el sistema de la responsabilidad en el hecho objetivo del incumplimiento.

En el debate doctrinario expuesto, la corriente doctrinaria mayoritaria se inclina por la atribución objetiva de responsabilidad.

e. El derecho portugués.

El viejo Código portugués establecía el principio de responsabilidad por incumplimiento, salvo que la causa del mismo, sea un hecho del acreedor o en fuerza mayor o en caso fortuito, ajeno al deudor.

⁴⁷ Visintini Giovanna ob.cit. pág. 131.

⁴⁸ Visintini Giovanna ob.cit. T 1 pág.92

Un nuevo Código de 1966, bajo el mismo principio general que su anterior, define al caso fortuito y la fuerza mayor como causal de exclusión de responsabilidad, comprendiendo todos los hechos naturales o humanos que impidan el cumplimiento de la obligación sin culpa del deudor.

Solo se responderá por caso fortuito si media convención de partes o por disposición de la ley.

Para constituir el caso fortuito, la liberación del deudor debe mediar imposibilidad objetiva, absoluta de cumplir, y sin culpa del deudor.

f. El derecho suizo.

El artículo 97 del Código Federal Suizo, establece la regla de la responsabilidad por incumplimiento y la excepción de exoneración cuando no pueda cumplir o solo lo pueda de modo imperfecto, si prueba que no le es imputable en el impedimento falta alguna.

El artículo 119 del mismo cuerpo legal, dispone la extinción de la obligación, por imposibilidad no imputable al deudor de ejecución de la prestación.

g. El derecho argentino.

La legislación argentina, se distingue de las relacionadas, por definir el caso fortuito, en el artículo 514 del Código Civil.

El artículo 514 enuncia el concepto del caso fortuito: “*Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse*”.

En la nota revela sus fuentes: las Siete Partidas, y el *Codex* romano. En ella explica: “*Los casos fortuitos o de fuerza mayor son producidos por dos causas: por la naturaleza o por el hecho del hombre*”.

Con cita de Troplong, exige que el hecho fortuito sea en exceso del orden común: extraordinario.

Distingue – a mi modo de ver- el caso fortuito y la fuerza mayor. El primero es un hecho extraordinario de la naturaleza. El segundo es un hecho del hombre, “*como la guerra, el hecho del soberano o fuerza del príncipe*”, deben ser emanados de su autoridad. “*Las violencias o las vías de hecho de los particulares no se cuentan en el número de los casos de fuerza mayor porque son delitos , y como tales están sujetos a otros principios que obligan a la reparación del mal que causen*”.

Respecto del *casus* previsto, comenta: “*no debe entenderse una previsión precisa, conociendo el lugar, el día y la hora en que el hecho sucederá, sino de la eventualidad de que tal hecho puede, por ejemplo destruir los frutos de la tierra*”.

Transcribe el art. 1773 del *Code*, “*la estipulación que pone los casos fortuitos a cargo de un tomador de una hacienda de labranza, no se entiende sino de los casos*

fortuitos ordinarios, tales como el granizo, el hielo, la seca y no de los casos fortuitos extraordinarios como la guerra, los terremotos, etc.”.

El codificador, entonces, distingue el caso fortuito de la fuerza mayor, y deben ser imprevisibles o inevitables, pero siempre extraordinario y la asunción del *casus* se entiende del ordinario.

No obstante la distinción apuntada, en numerosos artículos del cuerpo legal, utiliza ambos términos indistintamente. Tal el caso de los artículos 889,893, 1522, 789, 1526, entre otros.

La doctrina nacional –en opinión del Dr. Guillermo Borda- mantiene la distinción de origen románico entre el caso fortuito y la fuerza mayor, mientras que la jurisprudencia “*y el lenguaje usual... tiende a asignarles idéntico significado*”.⁴⁹

Sus caracteres –siguiendo la misma doctrina- son la irresistibilidad o imprevisibilidad.

Recordemos que para Exner, la eximente de responsabilidad debe además, ser extraordinario, tener pública notoriedad y exterior al deudor.

Los supuestos de excepción (a la excepción de la regla de responsabilidad por incumplimiento) están legislados en el artículo 513 del Código argentino.

El artículo 513 dispone: “*El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor*

⁴⁹ Borda, G. “Tratado de Derecho Civil Argentino” ed. .Perrot, 1971, p.111

por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren del caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito o éste hubiera ocurrido por su culpa o hubiere ya sido aquél ya constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor”.

Las fuentes citadas son; las Siete Partidas, (Pda. V), el *Codex*, el Digesto justinianeo, el artículo 1148 del *Code*, el Código de Nápoles y el Código Sardo.

Son supuestos de excepción entonces, :

- a. que hubiera asumido el caso fortuito,
- b. que hubiere ocurrido por culpa del deudor,
- c. que el deudor estuviera en mora, si ésta no fue causada por el *casus*.

h. El derecho chileno

El Código Civil chileno dice en el artículo 45: *“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no se pueda resistir, como naufragio, terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercido por un funcionario público...”*.

Siendo que el Código chileno adhiere al criterio subjetivo de responsabilidad, se ha considerado incompleta la definición por faltarle el requisito de inimputabilidad.

El artículo 1547 del mismo cuerpo, dice: *“el deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor, es responsable*

de la leve, en los contratos que hacen para beneficio recíproco y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficios". En un evidente enrolamiento en la teoría subjetiva de atribución de responsabilidad.

El mismo artículo in fine suple la omisión del artículo 45: "*el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que...haya sobrevenido por su culpa*".

Como resulta del texto legal, en el derecho chileno, caso fortuito y fuerza mayor, son sinónimos.

i- El derecho uruguayo.

El artículo 1343 del Código Civil de la República Oriental del Uruguay, establece que no se deben daños y perjuicios, "*cuando el deudor no ha podido dar o hacer la cosa a que estaba obligado, o ha hecho lo que estaba prohibido, cediendo a fuerza mayor o por caso fortuito*".

El art. 1522 del mismo Código dispone que la prueba del caso fortuito es a cargo del deudor.

Son excepciones a la exoneración por *casus*:

- a. la asunción del caso fortuito,
- b. si ha sido precedido por culpa del deudor,
- c. si el deudor ha caído en mora con anterioridad al *casus*,

El Código uruguayo no define el *casus*, establece sus efectos y las excepciones,

2.El common law.

a. El derecho anglosajón.

En este sistema, distinguimos entre las reglas del derecho contractual y el extracontractual.

En los trabajos realizados en la Universidad de la Sorbona en octubre del 2008, bajo el interrogante: “*Que derecho contractual para la Unión Europea?*”, y sobre la construcción de un derecho de los contratos en tres países europeos: Inglaterra, Francia y Alemania, se puso de resalto las diferencias del sistema inglés en materia de responsabilidad contractual, con el de los restantes países europeos.

*“El Derecho contractual inglés, en cambio, no deriva del Derecho romano, sino de la jurisprudencia de los Tribunales reales, desarrollada a partir del siglo XII. Este derecho nace de la práctica y del procedimiento. En él, el contrato se define como “un acuerdo cuyas consecuencias vinculan del mismo modo a las partes”.*⁵⁰

Implica por lo tanto, una oferta (voluntad de comprometerse) y su aceptación. Un concepto fundamental es la “*consideration*”, según la cual una obligación sólo existe conforme a la ley y en presencia de una contraprestación económica.

⁵⁰ Universidad de la Sorbona en octubre del 2008, bajo el interrogante: “*Que derecho contractual para la Unión Europea?*”

Por lo tanto, el Derecho inglés no admite compromisos unilaterales, ni a título gratuito, y hace hincapié en el incumplimiento de la promesa y el perjuicio (*detriment*) resultante.

La sanción principal consiste en la atribución de daños y perjuicios, lo que relativiza la fuerza obligatoria del contrato y determina una visión económica del contrato.

La persona que contrata sabe que el incumplimiento sólo le costará unos daños y perjuicios mientras que en el derecho francés, el contrato debe ejecutarse prioritariamente en especie, tal y como lo acordaron las partes. Aunque la lealtad en asuntos de negocios debe respetarse, el derecho inglés no recoge una concepción moral del contrato y se centra más en las situaciones concretas creadas que en la forma en que éstas nacieron.

Como corolario de lo transcrito, podemos sostener que el principio general en materia de obligaciones de origen contractual es que se responde aún por caso fortuito o fuerza mayor. El que asume una obligación de ese tipo, asume también la garantía de cumplimiento. (*warrantie*). Y esa garantía era incondicional: el deudor debía responder por todas las consecuencias, incluso las fortuitas.

Pero este principio general, sufre diversas excepciones en la aplicación jurisprudencial a casos especiales, desde hace varios siglos, por lo que hoy podemos arriesgar que son más numerosas e importantes las excepciones que la regla.

Es en el derecho marítimo comienza por aceptarse la liberación por actos de Dios o de los enemigos del Rey. (*Act of god*). En el derecho civil, en cambio, el principio de garantía se mantuvo hasta mediados del siglo XIX.

A partir de mediados del siglo XIX, además de los casos liberatorios por “*act of god*” o “*act of the King’s enemies*”, traducidos como “*vis maiore*” o fuerza mayor, acto de Dios, se proyectan en la jurisprudencia, atenuaciones al rechazo del efecto liberatorio del caso fortuito, en su mayoría fundadas en la voluntad implícita de las partes en el contrato.

El caso citado habitualmente por la doctrina como *leading case* de la garantía del deudor, es “*Parradine vs. Jane*”, en el que el tribunal en 1647, resolvió: “*el deudor es responsable a falta de cláusula contractual de exoneración de responsabilidad de cualquier caso fortuito, puesto que de no haberlo querido, hubiese podido hacer una reserva en el contrato. Cualquier riesgo no exceptuado, (excepted risk), se considera comprendido en la garantía*”. (*Parradine había alquilado unos terrenos que resultaron invadidos*).⁵¹

En 1863, dos siglos después, es distinto el criterio de los jueces en el caso “*Taylor vs. Caldwell*”. *Taylor & Lewis*, había acordado el alquiler de una sala de teatro para conciertos a razón de L 100 diarias, a *Caldwel*. No se convino nada acerca de los riesgos del inmueble. Taylor invierte en la

⁵¹ Díaz de Lezcano Sevillano, Ignacio. “*El caso fortuito y la fuerza mayor en el Código Civil*” Universidad de la Laguna, Tenerife, España. 1987, p.162.

producción de un *music-hall*, y antes del estreno el teatro es destruido por un incendio.

En este caso, el juez Blackburn resuelve que: el cumplimiento de lo acordado se había tornado imposible sin culpa de las partes, que era una condición implícita en el contrato la persistencia de la sala, (cita la doctrina francesa y el derecho romano) y que la regla general de responsabilidad por todas las consecuencias del contrato - absoluta- se aplica a aquéllos contratos definitivos, y no cuando es condición el objeto del acuerdo. Arriba a la solución de que nada se deben las partes por la ruptura del contrato. (*Law School Case Brief*).

Se define el *act of god* como: “*Circumstances which no human foresight can provide against, and of which human prudence is not bound to recognize the possibility, and which when they do occur, therefore, are calamities that do not involve the obligation of paying for the consequences that may result from them.*”⁵²

En el derecho inglés se distingue si el hecho impide totalmente el cumplimiento de la obligación o si la torna más gravosa o carente de finalidad o interés. El segundo supuesto autoriza la ruptura del contrato, incluso con anticipación, (*anticipatory breach*), cuando la conducta de la otra parte hace razonablemente creer que no puede o no va cumplir.

Frecuentemente son citados como ruptura de contrato por frustración del fin, los llamados casos de la coronación. Entre ellos, “*Henry vs. Krell*”. El rey Eduardo VII, iba a ser coronado en la Adadía de Wenminster, el 26 de junio de

⁵² www.dohaimo.org/legalDictionary).

1902, y ese día y el siguiente iba a tener lugar el desfile de la celebración.

Henry alquila a *Krell* una ventana, de su piso, con vista al desfile. Días antes de la coronación, el rey se enferma y no se realiza el festejo. El tribunal resuelve que nada se deben las partes, en razón de que el contrato se había extinguido, por causa ajena e imprevisible, por haberse frustrado el fin para el cual se había celebrado.⁵³

En el caso *Chandler vs. Webster*, también con motivo de la coronación de Eduardo VII, el tribunal falla por el cumplimiento de la obligación del locatario. *Chandler* alquiló un cuarto para asistir al desfile, comprometiéndose a pagar por adelantado L 141, y entregó L 100. Cuando se conoce la frustración de la coronación, *Chandler* reclama la devolución de lo pagado y *Webster* reconviene por el saldo de L 41. El fallo dispone que *Chandler* debe pagar los L 41, pues cuando se sabe que Eduardo VII no sería coronado en la fecha, la suma de dinero ya se debía y no se aplica la falta de consideración.

En caso de imposibilidad de cumplimiento por hechos ajenos a las partes, e imprevisibles, sólo se deben las obligaciones anteriores al hecho.

En el caso “*Fibrosa Spolka Akcyjna v. Lawson Combe Barbour Ltd.*”, cambia el criterio de la jurisprudencia inglesa. Las partes contrataron la entrega de unas máquinas fabricadas en Inglaterra para ser entregadas en Polonia. Con motivo de la guerra, no pueden ser entregadas y el Tribunal ordena restituir lo pagado.

⁵³ www.derechomercantilpana.blogspot

Anson clasifica los casos en que la jurisprudencia inglesa se aparta del caso *Parradine* en cinco grupos:

- a. Por destrucción o pérdida del objeto del contrato,
- b. Por inexistencia o no acaecimiento de la circunstancia que constituye la base del contrato,
- c. Por eventual incapacidad del agente en el servicio a prestar,
- d. Por frustración de la operación por fuerza mayor,
- e. Por cambio de la legislación.⁵⁴

En materia extracontractual, se decidió la liberación de responsabilidad ante el caso imprevisible en que no media intervención humana. Es el caso *Nichols v. Marsland* (1875), que se refería a un hombre que almacena agua en su propia tierra y utiliza todas las precauciones razonables para evitar la fuga y lo hace de manera segura. El acusado no era responsable de la fuga de agua que lesionó al prójimo porque el escape estaba fuera de su control. (El Tribunal distinguió *Rylands v. Fletcher*, porque en el caso la intervención de un agente, hizo que el agua escape).

En caso de accidentes de automóviles, si el autor prueba que el accidente no pudo evitarse, a pesar de la diligencia empleada a satisfacción del tribunal, es exonerado de responsabilidad.

3.Principios UNIDROIT (2004)

⁵⁴ Diaz de Lezcano Sevillano, Ignacio ”*El caso fortuito y la fuerza mayor en el Código Civil*” Universidad de la Laguna, Tenerife, España.1987,p. 162 y ss.

La regla 7.1.7 de los principios de regulación del comercio internacional, elaborada por la entidad intergubernamental creada en 1926, bajo el amparo de la Liga de las Naciones, establece:

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

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

4.Código Europeo de Contratos

El Código Europeo de Contratos, proyecto en el que lleva trabajando veinticinco años la Academia de Pavía, integrada profesores de distintas disciplinas, impulsada por el profesor Giuseppe Gandolfi, romanista y civilista insigne, que dirigiendo en la actualidad, junto con el profesor Peter Stein, de la Universidad de Cambrigde.

En su artículo 45, sobre los efectos obligatorios de los contratos dice: *“2. La obligación de entregar una cosa determinada supone la de conservarla hasta su entrega y la de adoptar todas las medidas que se precisen en orden a mantenerla y preservarla en el estado en que se encontraba en el momento de la celebración del contrato, sin perjuicio de las obligaciones a cargo de la parte que la debe recibir, y sin*

perjuicio de la destrucción o deterioro de la cosa debidos a caso fortuito o fuerza mayor.”

En la Sección 3ra., sobre los efectos de la falta de ejecución, regula las cláusulas de no responsabilidad y limitativas de responsabilidad. Prevé la posibilidad de realizar acuerdos sobre los efectos del *casus*: “5. *Las partes pueden concluir válidamente acuerdos estableciendo presunciones simples*⁵⁵ *de caso fortuito para sucesos que, por su índole, se consideran normalmente caso fortuito.”*

56

Capítulo III: Noción del *casus*.

1. Aproximación al concepto de caso fortuito.

“Felipe-Clemente de DIEGO GUTIÉRREZ resaltaba en sus Lecciones (principios del S. XX) que “caso” en filosofía significa aquello que no podemos relacionar con una causa determinada y que no es el “caso” una causa propiamente dicha, sino un quid ignotum, algo en lo que se revela nuestra ignorancia respecto de la verdadera causa de un acontecimiento, aunque, aplicado el concepto en el mundo

⁵⁵ García Cantero , G. “La traducción española de la parte general del Código Europeo de Contratos”http://books.google.com.ar/books/about/C%C3%B3digo_Europeo_de_Contratos.html?id

⁵⁶ García Cantero , G. “La traducción española de la parte general de l Código Europeo de los contratos”. http://books.google.com.ar/books/about/C%C3%B3digo_Europeo_de_Contratos.html?id.

*del Derecho, casual es lo que escapa a la voluntad del sujeto considerado.”*⁵⁷

Es en esta última comprensión que nos interesa, que presupone un hecho que “escapa a la voluntad del sujeto”.

Para su configuración, comenzamos rescatando los elementos comunes constitutivos del caso fortuito como eximente de responsabilidad, contractual o aquiliana, presentes en el derecho antiguo, medieval y moderno.

En el derecho antiguo, casuístico, la liberación del deudor por *casus*, aparece en la regulación de las obligaciones, derivadas de los contratos de mutuo, depósito, compraventa y locación; en especial el arrendamiento. Se lo caracteriza como un “desastre”, hecho ajeno al deudor, quien carga con la prueba de su acaecimiento y la relación causal: ya sea por juramento o testigos.

Recién en Grecia, encontramos una definición aproximada de la culpa: lo contrario a una razonable previsión. Y la ausencia de culpa exonera al deudor.

En el curso de la historia de Roma, se desarrolla la figura de la “fuerza mayor” como liberadora del deudor. Consiste en todo lo que tenía lugar o sucedía sin intervención del hombre. El *casus* era indemnidad.

Con la *lex aquilia*, (siglo III AC), aparece la culpa como requisito de imputabilidad de las consecuencias dañosas, y el *casus* como evento que supera la diligencia del sujeto. La responsabilidad se funda en el dolo y en la culpa.

⁵⁷ Medina Crespo, Mariano. Medina Alcoz, María, Medina Alcoz Luis. “La fuerza mayor y su condicionada virtualidad exoneradora en sede de responsabilidad civil”. P. 2.
www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Ma

Distinguen el caso fortuito, como hecho de la naturaleza y la fuerza mayor, suceso del hombre. Y lo caracterizan como hechos imprevisibles o irresistibles. Delinean las excepciones de la operatividad del caso fortuito o de la fuerza mayor.

Hacia el fin de la antigüedad, la regla es la responsabilidad por el incumplimiento, imputable por culpa o dolo. El caso fortuito o fuerza mayor es el acaecimiento de un acontecimiento externo y ajeno al sujeto, imprevisible o irresistible, cuyo efecto es exonerar – por excepción- de responsabilidad al deudor. No opera, cuando el deudor ha asumido el *casus*, cuando lo precede la culpa del deudor o la mora. Se identifica, entonces, el *casus* con la ausencia de culpa.

En la Edad media, el *casus* aparece en el análisis de la responsabilidad en el cumplimiento de los contratos de locación, depósito, comodato, compraventa mutuo y transporte. Podemos establecer que era el criterio general la aplicación de la excepción de eximición de responsabilidad por *casus*, en el cumplimiento de las obligaciones de restituir la cosa a su dueño. (Recordamos que en la antigüedad, alcanzaba a la obligación de dar nacida de un contrato de compraventa)

En el medioevo, priva la responsabilidad causal, por influjo del derecho germánico, pero comienza a delinarse el *casus* como eximente en los contratos de custodia y de transporte, y cuando la obligación es de restituir la cosa a su dueño.

La “legítima necesidad” (*casus*), constituía la válvula de liberación: la condición era su externidad, así separaron el caso fortuito, que es interno y no exonera de la

fuerza mayor, hecho externo que libera de responsabilidad al deudor.

Los glosadores y pos glosadores, que traen el derecho romano al medioevo, agregan la “culpa levísima”, que impide la liberación por caso fortuito. En el derecho canónico, como la imputabilidad jurídica supone siempre la moral, no se responde por caso fortuito, y sus caracteres son la imprevisibilidad o irresistibilidad. Se mantiene el concepto subjetivista –ligado a la culpa- del *casus*.

Las costumbres feudales evolucionan desde una atribución causal de las consecuencias, a través de sus atenuaciones, a la imputación moral: por dolo o culpa, hasta la liberación por caso fortuito o fuerza mayor (vr. Desde el Fuero Real a Las Siete Partidas). Se establece la excepción cuando el *casus* es del álea propia del contrato.

En el derecho moderno de Europa continental e Hispanoamérica, el principio es que se responde por culpa, y la liberación por caso fortuito.

En general, no hay responsabilidad del agente, cuando media una causa no imputable, que le es extraña, y con ausencia de mala fe. En particular, el caso fortuito o fuerza mayor es un eximente de responsabilidad que requiere para su producción que sea ajeno, imprevisible e inevitable o irresistible o invencible.

El derecho anglosajón, si bien se invierte el principio en materia contractual, (*warranty*), se encaminó jurisprudencialmente, a establecer la causal eximente de responsabilidad – y también en el ámbito extracontractual- de la

ausencia de culpa y del hecho inevitable, fuera del control del agente. (*casus*).

En el curso de la historia, el caso fortuito, eximente de responsabilidad requiere un acontecimiento o causa ajena al sujeto, imprevisible o inevitable.

Nuestro Código Civil establecía: “*Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto no ha podido evitarse*”. (Artículo 514, Código Civil).

En definición similar al Código Civil y Comercial de la Nación argentino legisla: “...*Se considera caso fortuito o fuerza mayor, el hecho que no ha podido ser previsto o que , habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado...*” .Agrega la regla general: “... *El caso caso fortuito o fuerza mayor , exime de responsabilidad excepto disposición en contrario...*”. Y añade una cuestión terminológica: “...*El Código emplea los términos “caso fortuito” y “ fuerza mayor” como sinónimos*”.

Según Augusto C. Belluscio “*los artículos que se comentan aluden a supuestos en que el incumplimiento de la obligación no es jurídicamente imputable al deudor en razón de sobrevenir un hecho ajeno a él que genera la imposibilidad de pagar lo debido*”.⁵⁸

Dice el autor: “ *No se define, en cambio, la fuerza mayor, aunque en la nota al artículo el codificador, siguiendo la doctrina clásica – en particular a Troplong, allí citado- parece que acepta la distinción en razón de la causa*

⁵⁸ Belluscio A. C, “*Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado, y concordado*” . Ed. Astrea. 1979, p. 661 y ss.

generadora de lo imprevisible o inevitable: el hecho de la naturaleza en el caso fortuito, el hecho del hombre en la fuerza mayor”.⁵⁹

La noción de *casus*, en el “*Código Civil y normas complementarias , análisis doctrinario y jurisprudencial*”, la obra de Alberto J. Bueres y Elena I. Highton, sostiene que la visión de Velez Sarsfield, es la de Vinnio: “*omme quod humano captu praevidere non potest, nec cui aviso preaviso non potest*”.

Según los autores, coexisten dos pautas de configuración del *casus*: la imprevisibilidad y la inevitabilidad, junto a “*una tendencia más moderna que adopta el de causa extraña o no imputable al deudor*”. “*En tales pautas suelen presentarse alternativas de diferenciación que no trascienden la apariencia, el estudio profundo de los criterios arroja el saldo de una denotación que reduce al casus a una idea que anuncia el origen de una consecuencia fuera del agente aparente, sea en la naturaleza o en los hombres extraños a aquél*”.⁶⁰

Santos Cifuentes, en su obra “*Código Civil anotado y comentado*”⁶¹, dice: “*En el artículo 513 se habla de caso fortuito o fuerza mayor ,y en el art.1526 solo de fuerza mayor, mientras que en otros preceptos (arts. 889, 893, 1522) se emplean acumulativamente ambas expresiones.*”

“En realidad no hay diferencia práctica entre ellas, pues sus efectos jurídicos son idénticos, y por ello doctrinariamente se los asimila. El caso fortuito y la fuerza

⁵⁹ Belluscio A. C., “*Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado, y concordado*” . Ed. Astrea. 1979, p.661 y ss.

⁶⁰ Bueres, A y Highton E, “*Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinaria y jurisprudencial*. 2 A., Echevesti, Carlos A. p. 173. Hammurabi. 1998

⁶¹ Cifuentes, S. “*Código Civil anotado*” ed. La Ley, Bs.As. T.1, p. 584.2003.

*mayor se caracterizan por su accidentalidad y por ser hechos externos, extraordinarios e insuperables para el deudor, que le impiden cumplir con su obligación y le son inmutables, todo lo cual constituyen cuestiones de hecho que debe apreciar el juzgador”.*⁶²

Jorge Joaquín Llambías, resume en la responsabilidad moral en el incumplimiento. *“Puede ocurrir que el incumplimiento de la obligación le sea impuesto al deudor por un hecho ajeno a él: es lo que se denomina caso fortuito o fuerza mayor. Es éste un supuesto de inimputabilidad, ya que el deudor no es el autor moral del incumplimiento y no debe responder del daño que se siga”*⁶³.

Según el autor, el artículo 514 del Código Civil, al caso fortuito *“le atribuye como notas esenciales la imprevisibilidad y la inevitabilidad”* y considera necesario la distinción entre las dos nociones: caso fortuito y fuerza mayor.

Acdeel Ernesto Salas comenta: *“los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor son equivalentes. La ausencia de culpa, en cambio constituye una situación intermedia entre la culpa y la fuerza mayor, y para su calificación se debe tener en cuenta la naturaleza del contrato que generó la obligación; de tal manera, si la obligación de custodia es accesoria de otra que califica y da fisonomía al negocio, como ocurre con la locación de obra, el robo de la cosa objeto del contrato no compromete la responsabilidad del locador, aunque no se haya realizado con armas o escalamiento, (fuerza mayor: art. 2237), si prueba que*

⁶² Cifuentes, S. “Código Civil anotado”, ed. La Ley Bs.As., T.1,p.584.2003.

⁶³ Llambías, J.J.,“ Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia.”, p. 124 ed. Ab.Perrot.Bs.As.1979.

*no incurrió en culpa.” ”Para que exista fuerza mayor es menester que el acontecimiento que se invoca haya hecho imposible el cumplimiento de la obligación, de manera que las dificultades o la mayor onerosidad no la configuran, siempre que para vencer aquéllas no sea necesaria una diligencia superior a la requerida por la naturaleza de la obligación conforme las circunstancias del caso...Esta imposibilidad debe ser absoluta, es decir que debe existir para todos”.*⁶⁴

El concepto del *casus*, en opinión de Mario César Gianfelice, es: “a) *Caso fortuito, en sentido estricto es el resultado o consecuencia que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas pero que, no obstante ello, no ha podido preverse al ejecutar el hecho.* b) *Caso de fuerza mayor, es el resultado o consecuencia que no acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, y que no ha sido tenido en miras al ejecutarse el hecho”.* Se enrola en la definición por los efectos del *casus*, y en una posición dualista con consecuencias prácticas.

En el ámbito de la responsabilidad objetiva, el caso fortuito y fuerza mayor, deben operar sobre el vínculo causal, cortándolo, y generando por sí el resultado dañoso.⁶⁵

En los casos de responsabilidad objetiva, se ha sostenido que “*el caso fortuito actúa como circunstancia que exime al responsable, al obstar a la configuración del*

⁶⁴ Salas, A.. “Código Civil y leyes complementarias anotadas” ed. Depalma .Bs.As.,1971, p.265.T.I

⁶⁵ Gianfelice, M. “Caso Fortuito y caso de fuerza mayor en el sistema de responsabilidad civil” ,p.78. ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1995.

indispensable vínculo de causalidad entre su conducta y el daño".⁶⁶

De tal manera, que el acontecimiento que reúna los requisitos del caso, debe constituir la causa del daño acaecido, para eximir al deudor de la reparación.

Para que opere el *casus* como causal exculpatoria de aquél que la ley indica como responsable, debe probar que la causa del daño es un hecho ajeno al riesgo o vicio de la cosa o de la actividad riesgosa.

Esta doctrina, sostiene que es en el campo de la responsabilidad objetiva, que además de los requisitos comunes del caso fortuito, imprevisibilidad e inevitabilidad, hay que agregar la extraneidad o exterioridad.

Las V Jornadas de San Rafael (Mendoza) realizadas en el año 1978, trató el tema en la comisión n°2 presidida por el Dr. Roberto H. Brebbia, bajo la consigna: "*Caso fortuito y fuerza mayor: su funcionamiento en los casos de responsabilidad civil por culpa y responsabilidad objetiva*".

Las recomendaciones sobre el tema, que por su trascendencia se transcriben son:

"I. El Código Civil argentino utiliza indistintamente los términos caso fortuito y fuerza mayor, asignándoles idénticos efectos.

Despacho a: El caso fortuito queda reducido al "hecho de la naturaleza". Debe distinguirse, conceptualmente, del hecho del Estado, el cual modernamente es responsable de su obrar

⁶⁶Pizarro. R.D.-Vallespinos C.G. "*Instituciones de derecho privado –Obligaciones*" T 3.Ed. Hammurabi. Bs.As.1999.

antijurídico y dañoso, y del hecho del tercero, quien también es responsable. (Mosset Iturraspe, Goldenberg, Garrido).

Despacho b: En sus efectos, el caso fortuito comprende tanto el hecho del Estado, la acción del tercero, como el de la naturaleza, aun cuando conceptualmente puedan ser distinguidos. (Brebbia, Compagnucci de Caso, Kemelmajer de Carlucci).”

“II. Despacho a: El caso fortuito o fuerza mayor interrumpe el nexo de causalidad entre la conducta del agente y el daño. (Brebbia, Compagnucci de Caso, Kemelmajer de Carlucci, Goldenberg),

Despacho b: El caso fortuito es, en rigor, un hecho extraño; ello equivale a decir que su “autor” es otro. Falta, en consecuencia, el presupuesto de la autoría y, por ende, la relación de causalidad entre el daño y el presunto responsable. (Mosset Iturraspe, Garrido).”

“III. El caso fortuito como causa exonerativa de responsabilidad debe revestir los siguientes requisitos:

- 1. Imprevisible e inevitable.*
- 2. No debe obedecer a la culpa del presunto responsable.*
- 3. Despacho a: Extraneidad o exterioridad del hecho. (Mosset Iturraspe, Garrido, Kemelmajer de Carlucci, Goldenberg).*

Despacho b: El caso fortuito y la fuerza mayor requerirá el carácter de exterioridad, sólo en los supuestos de responsabilidad objetiva. En la responsabilidad subjetiva – fundamentada en la culpa- el caso fortuito puede ser interno o externo. (Brebbia, Compagnucci de Caso).

4. Debe mediar nexo de causalidad adecuada entre el caso fortuito y el daño.”

“Aclaración conceptual de los doctores Mosset Iturraspe, Garrido, Goldenberg, y Kemelmajer de Carlucci: en puridad, más que hablar de “causa exonerativa”, “eximente”, o denominaciones similares que apuntan a una excusa de la persona a quien se atribuye responsabilidad, se trata del “hecho extraño” y por tanto de la falta de los presupuestos configurativos de la responsabilidad civil”.

“IV. En los casos de responsabilidad contractual, corresponde distinguir entre las obligaciones de medio y de resultado. En éstas últimas, no es suficiente la prueba de la diligencia debida para exonerar de responsabilidad al deudor, por lo que éste deberá acreditar el caso fortuito. El caso fortuito actúa sobre el contenido de la prestación, volviendo su cumplimiento materialmente imposible, con extinción de la obligación. No debe confundirse con la excesiva onerosidad sobreviniente.”

“V. En los casos encuadrados dentro del art. 1109, en razón de que el damnificado debe acreditar la culpa real del presunto responsable, el caso fortuito no adquiere mayor relevancia, toda vez que la prueba de la culpa excluye la existencia de éste.”

“VI. En los casos de la culpa presunta (arts. 1113, párr.2º, parte 1º, 1114 y ss., del Cód. Civil), la demostración del caso fortuito destruye la presunción legal.”

“VII. En los casos de responsabilidad objetiva, tanto contractual como extracontractual, el caso fortuito debe ser extraño a la cosa a la actividad sobre la que pesa una presunción de responsabilidad”.

“VIII. Cuando concurrieren como concausas culpa del agente y caso fortuito, el juez atenuará la responsabilidad del agente teniendo en cuenta la incidencia del factor subjetivo en la producción del daño”

“IX. Despacho a: Si el hecho dañoso causado por el riesgo o vicio de la cosa concurre con el factum del caso fortuito, debe imputarse la responsabilidad total al dueño o guardián, no siendo en este supuesto el casus causal exculpatoria. (Garrido, Compagnucci de Caso, Kemelmajer de Carlucci, Goldenberg).

“Despacho b: Cuando concurrieren como concausas el riesgo y el caso fortuito, el juez atenuará la responsabilidad del agente teniendo en cuenta la incidencia del riesgo en la producción del daño. (Brebbia, Mosset Iturraspe).”

“X. La carga de la prueba del caso fortuito incumbe a quien la invoca, salvo las excepciones legales para casos específicos. (Firman: Mosset Iturraspe, Kelmemajer de Carlucci, Goldenberg, Companucci de Caso, Garrido, Brebbia).”⁶⁷

Las concepciones sobre el caso fortuito y la fuerza mayor, se han clasificado en monistas o dualistas, según consideren ambas expresiones como sinónimos o le atribuyan significado – y efectos- diferentes.

En punto a la significación del evento, la doctrina separa la concepción subjetiva o negativa, y la objetiva o positiva.

⁶⁷ Goldenberg, Isidoro H. *“La relación de causalidad en la responsabilidad civil”*, p. 195. Ed. Bs.As.,Astrea 1a. reimpresión.

La comprensión negativa o subjetiva del *casus*, lo define como la ausencia de culpa. La regla es la responsabilidad por culpa; la excepción, el acaecimiento del caso fortuito o fuerza mayor que libera de responsabilidad al sujeto.

Esta doctrina entiende que la responsabilidad es una consecuencia de la culpa. Una persona es responsable de determinado daño en relación con los principios generales que dominan la culpabilidad. Si ésta existe, , tiene aquélla que responder por las consecuencias de sus actos; pero si la culpabilidad está ausente queda ésta liberada.”

“Para Savatier la fuerza mayor es idéntica a la falta de culpa.Su argumento en sustancia es el siguiente: o bien el evento dañoso era imprevisible e inevitable, o bien había forma o posibilidad de preverlo o evitarlo” ⁶⁸

En esta concepción del *casus*, la exoneración del sujeto se funda en la ausencia de culpa –subjetivo- y niega entonces virtualidad propia de exoneración por caso fortuito o fuerza mayor. Siendo la culpa –dolo o culpa- un elemento necesario de atribución de responsabilidad, su ausencia impide la configuración de ésta.

Otros autores, prefieren estudiar el caso dentro de la teoría de la relación causal: lo consideran como una interferencia que produce la rotura de la cadena causal. ” ⁶⁹

⁶⁸ Savatier,R.”*Traité de la responsabilité civile*”, Paris, 1939,Tº1, nro.182/183.citado en Lopez Olaciregui,J.M.” *La fuerza mayor y la orden del soberano ante la teoría de la responsabilidad civil*” J.A. noviembre de 1944,p.312 y ss.

⁶⁹ Agoglia M.M.;Boragina J.C.;Mesa J.A. “ *La exoneración de la responsabilidad contractual.La causa extraña no imputable*”, en *Revista de derecho privado y comunitario*, nro.18, responsabilidad contractual II.Rubinzal-Culzoni,Santa Fe,1999.p.9 y ss.

En esta óptica, captamos la exoneración por *casus* en el ámbito de la responsabilidad objetiva, donde lo que habrá que demostrar es la ruptura del nexo causal, o, lo que es lo mismo que el daño reparable es consecuencia del *casus*.

En la opuesta se sostiene que el criterio correcto para definir el caso fortuito es el negativo o *per exclusionem*. Para esta doctrina, *casus* es todo acontecimiento no imputable de ningún modo a la persona obligada.

Aceptando la vía subjetiva, criterio negativo, se trata de demostrar la falta de culpabilidad del deudor.

O bien, habrá que probar que el deudor actuó con la debida diligencia que – en nuestro derecho civil- es la que definía el artículo 512 del Código Civil y el art. 1724 del Código actual:

“ La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquéllas diligencias que exigieren la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.(art, 512 CC).

En la nota, el codificador cita las Leyes de Partidas: *“reconocen tres especies de culpas: grave, leve y levísima...si la utilidad es común para deudor y acreedor, se presta sólo la culpa leve. Si únicamente es de utilidad para el acreedor, el deudor presta sólo la culpa grave; pero si es de utilidad sólo para el deudor, éste presta la culpa levísima. El tipo que se tomaba para la graduación de las culpas era el buen padre de familia...”* , para desechar la distinción (con cita de Zachariae): *“La teoría de la división de las culpas en diferentes clases, sin*

poder determinarlas, solo sirve para derramar una luz falsa y dar pábulo a innumerables contestaciones”.

El art. 1724 del CCC, define la culpa de modo análogo: “...*La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar...*” . Y agrega: “...*Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión*”.

En el derecho español, el artículo 1104 del Código Civil, establece igual parámetro para la calificación de culpa; para determinar si el deudor actuó con la debida diligencia habrá que juzgar la que derive de “*la naturaleza de la obligación, y corresponda a las circunstancias de las personas, de tiempo y de lugar*”.⁷⁰

La crítica a esta postura negativa o subjetiva, sostiene que el caso fortuito, como eximente de responsabilidad es un hecho complejo; está integrado por un factor objetivo que es la imposibilidad de cumplir, y uno subjetivo, que no es imputable al deudor, y ambos deben ser probados para que tenga efecto liberador.

No basta, entonces la prueba de la ausencia de culpa, sino que requiere la prueba de la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento de la obligación, no imputable.

La tesis negativa, además comprendería otros supuestos de incumplimiento, ajenos al caso fortuito, como la renuncia y la confusión, extintivas de la obligación. Y los casos de culpa excusable, en aquéllos supuestos de contratos de responsabilidad atenuada.

⁷⁰ Art.1104 Código Civil Español.

La concepción positiva u objetiva del caso fortuito, hace hincapié en las notas distintivas del caso fortuito o fuerza mayor: la imprevisibilidad y la inevitabilidad.

El artículo 514 del Código Civil argentino define el caso fortuito: “*Caso fortuito es que no ha podido preverse , o que previsto, no ha podido evitarse*”. El art. 1724 del CCC dice: “*...Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto , o que habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado...*”

Estas definiciones se enrolan en la tesis objetiva.

En el derecho español, el artículo 1105, adopta esta postura: “*nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos fueran inevitables*”.⁷¹

El Código Civil francés, no define el caso fortuito o fuerza mayor, pero los artículos 1147 y 1148, refiere, el primero de ellos, a toda causa ajena al deudor que le impida cumplir, y en el segundo, en especial, a la eximición por caso fortuito o fuerza mayor.

El Código Civil Alemán, parecía adoptar la tesis subjetiva: “*quedará el deudor liberado de su obligación cuando la prestación llegara a ser imposible a consecuencia de una circunstancia surgida con posterioridad al nacimiento de la relación obligacional y de la cual no sea responsable*”.⁷²

Podemos afirmar que la legislación moderna sienta el principio general de la exoneración de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor, aceptando un criterio objetivo o

⁷¹ Art.1105, Código Civil Español.

⁷²Díaz de Lezcano Sevillano, Ignacio “*El caso fortuito y la fuerza mayor en el Código Civil*” Universidad de la Laguna, Tenerife, España. 1987, p. 162.

positivo, (connotándolo por sus requisitos) y, en diversos supuestos, prevé la liberación por otros hechos ajenos al deudor (ausencia de culpa).

2. Caso fortuito y fuerza mayor. Cuestiones terminológicas.

La cuestión de la diferencia, de las expresiones “caso fortuito” y “fuerza mayor” se mantiene desde los glosadores, pos-glosadores, prácticos y humanistas, hasta nuestros días. La discusión se centró más en sus requisitos o características de sucesión, que sobre sus efectos.

En el derecho antiguo, no encontramos una definición de “caso fortuito” diferenciada de la “fuerza mayor”. Se legisla sobre casos específicos que – por sus características de ajenos al sujeto- eximían o disminuían la reparación debida por el infractor.

En el derecho alemán, Exner distingue según las atenuaciones a la responsabilidad por el incumplimiento o el acto prohibido. La distinción era trascendente en el derecho alemán por sus efectos : si el hecho fortuito era interno (caso fortuito interno) no era eximente de responsabilidad; por el contrario, si el hecho fortuito es externo, (caso fortuito externo) liberaba al deudor. El caso fortuito era “interno” y no operaba como liberador de responsabilidad, mientras que la fuerza mayor era externa, y exoneraba al sujeto.

Ya en la modernidad, recordemos que Planiol y Ripert, sostuvieron que el caso fortuito alude a su imprevisibilidad, mientras que la fuerza mayor a su inevitabilidad o irresistibilidad.

Actualmente, la doctrina mayoritaria, se plantea la distinción como una cuestión terminológica, ya que se equiparan los efectos jurídicos de la sucesión del caso fortuito, y de la fuerza mayor.

Examinaremos las corrientes de opinión que adelantamos en el apartado anterior, que pueden denominarse como tesis monistas, para designar aquéllas que sostienen que ambos términos son sinónimos o encierran un mismo concepto y las que se pueden denominar dualistas, que defienden que ambas expresiones denotan contenidos diferentes. Y en éstas últimas, quienes consideran que no obstante su diferente acepción, se equiparan los efectos (Borda) y quienes sostienen que la distinción de denominación, acarrea efectos diferentes.(Gianfelice). Lo haremos con especial referencia al derecho argentino.

3. Distinta naturaleza. Concepciones monistas y dualistas..

a. Teorías monistas:

Para esta posición, en el ámbito del derecho las expresiones “caso fortuito” y “fuerza mayor” son sinónimos, porque sus efectos son idénticos.

Los glosadores y pos glosadores, sientan el principio general de que no hay responsabilidad sin culpa. Luego, todo accidente, exime de responsabilidad. Cabe recordar que establecieron tres grados de culpa: la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levísima. Esta graduación dependía de la diligencia exigida en cada caso, y bajo el parámetro de “un buen hombre de familia” (que hoy mantiene el Código Civil Italiano). Tal concepción equipara en sus efectos el caso fortuito y la fuerza mayor.

La culpa levísima o “exactísima diligencia” es una exigencia de tal envergadura, que se acerca a la responsabilidad aun por el caso fortuito.

La unidad conceptual entre el caso fortuito y la fuerza mayor, es también sostenida por la doctrina francesa anterior al Code de Napoleón. Los comentaristas del Código Civil francés, se dividen entre los que defienden en él la comprensión unitaria de ambas expresiones y los que les atribuyen significados diferentes. Y entre los segundos, los doctrinarios que sólo hacen de la diferencia una cuestión terminológica, y los que la centran en efectos diferentes.

Podemos distinguir entre los argumentos de quienes defienden la tesis monista en razones históricas, legales, la intención del legislador y dogmáticas.

Las razones históricas, se basan en que en el derecho romano no se hacía la distinción entre “caso fortuito” y “fuerza mayor”. Si bien la *vis maior*, aludía a la irresistibilidad del suceso, y el “caso fortuito” a su imprevisibilidad, no había diferencias en sus efectos.

Para algunos autores, para configurar el eximente, debía reunir ambos requisitos: ser imprevisible e irresistible.

Tal entendimiento es el receptado por la mayoría de la doctrina francesa, anterior y posterior a la sanción del Código de Napoleón.

Para los autores que abonan la tesis monista, la similitud de ambas expresiones, se apoya, en el derecho argentino, en que el legislador en algunos artículos refiere en forma indistinta o conjunta al “caso fortuito” y a la “fuerza mayor”. (Arts. 513, 889, 893, 1091, 1516 del Código Civil) (tesis legales).

En otros emplea la expresión “caso fortuito”. (Arts. 514, 789, 892, 1517, 1521, 1604, inc. 6°); y en otros, sólo alude a la “fuerza mayor”, (arts. 1128, 1526, 1529, 1571, 2227, 2228, 2236, 2237 del Código Civil). Ensayan el argumento legal, y de él, la supuesta intención de Vélez.

El Código Civil argentino, en el artículo 513 dispone que *“el deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor”*.

Los artículos 889 y 893 del mismo Código, refieren a la imposibilidad de pago como modo de extinción de la obligación. En el primer artículo citado, dispone que si el deudor se hubiese hecho responsable del caso fortuito o de la fuerza mayor, la obligación se convierte en la de pagar daños e intereses. En el segundo, sobre las obligaciones de género limitado, dispone que si todas las cosas comprendidas en la obligación se perdieren por un caso fortuito o fuerza mayor, queda extinguida la obligación.

En materia delictual, de hurto, el artículo 1091, resuelve que *“la cosa hurtada será restituida al propietario con todos sus accesorios, y con indemnización de los deterioros que tuviera, aunque sean causados por caso fortuito o fuerza mayor”*.

El locador está obligado a mantener la cosa locada en buen estado, y tal obligación *“consiste en hacer las reparaciones que exigiere el deterioro de la cosa, por caso fortuito o fuerza mayor”*. (art. 1516 Código Civil argentino).

La definición del artículo 514, se refiere sólo al caso fortuito. En su nota, puede leerse *“Los casos de fuerza mayor son hechos del hombre, como la guerra, el hecho del soberano o fuerza del príncipe”*.

El artículo 789, quien recibe la cosa en pago de mala fe, responde por el daño por caso fortuito, a no ser que hubiera sucedido igualmente en poder del que la entregó.

Cuando la imposibilidad de entregar la cosa a la que el deudor está obligado, hubiese perecido igualmente en poder del acreedor, no siendo responsable por caso fortuito sino en estado de mora, queda exonerado de los daños e intereses.(art.892).

En el contrato de locación, el deterioro de la cosa producido por terceros es caso fortuito a cargo del locador, aún por enemistad o de odio al locatario. (art. 1517).

En el de locación de obra, el caso fortuito que imposibilita principiar o continuar los efectos del contrato, lo extingue.

Respecto de los daños causados con animales, el legislador establece la responsabilidad del dueño de los daños que causare, salvo que éste hubiera provenido de fuerza mayor o culpa imputable al que lo hubiere sufrido. (art. 1128). Si el animal fuera feroz, y del que no resulta utilidad para la guarda o servicio de un predio. *“será siempre imputable al que lo tenga, aunque no le hubiese sido posible evitar el daño, y aunque el animal se hubiese soltado sin culpa de los que lo guardaban”*. (art. 1129).

El artículo 1571 del Código Civil dice: *“ Siendo notorio el accidente de fuerza mayor, la prueba de que hubo culpa, por parte del locatario, sus agentes, dependientes, cesionarios, subarrendatarios, comodatarios, o huéspedes, corresponde al locador”*.

En materia de depósito, el artículo 2227 dice: *“Será depósito necesario el que fuese ocasionado por incendio, ruina, saqueo, naufragio, incursión de enemigos, o por otros acontecimientos de fuerza mayor, que sometan a las personas a una imperiosa necesidad...”*; el siguiente refiere: *“El depósito necesario por ocasión de peligro o fuerza mayor, puede hacerse en personas adultas aunque incapaces por derecho y éstas responden del depósito...”*

En la nota al artículo 2227, el codificador justifica la asimilación del depósito en las posadas, con el que fuese ocasionado por fuerza mayor, en razón de *“que los viajeros que se hospedan en ellas, están en cierto modo forzados a confiar sus efectos a la fe del posadero”*.

En los artículos 2236 y 2237, el autor atenúa la responsabilidad del posadero: *“...no es responsable cuando el daño o la pérdida provenga de fuerza mayor o culpa del viajero”* (art.2236) y califica: *“No es fuerza mayor la introducción de ladrones en las posadas si no lo hiciesen con armas, o por escalamiento que no pudiese resistir el posadero”*. (art.2237).

El legislador incorpora el caso fortuito y la fuerza mayor como eximente de responsabilidad, en la teoría general de la obligación, en los artículos 513, 889, y 893.

En materia de locación, establece la obligación del locador a la reparación del deterioro de la cosa: tanto por caso fortuito como por fuerza mayor. (art.1516). Es caso fortuito el hecho de terceros, *“aunque sea por motivo de enemistad o de odio al locatario”*. (art.1517)

El artículo 1568, dispone que “*no habrá culpa por parte del locatario si la pérdida total o parcial de la cosa arrendada, o su deterioro, o la imposibilidad de su destino, fue motivada por caso fortuito o fuerza mayor*”. La prueba del evento para liberarse –si no es notorio- le incumbe al locatario. (art.1570). En esta norma, las expresiones caso fortuito y fuerza mayor son utilizadas con el mismo significado.

Y si el accidente de fuerza mayor fuera notorio o acreditado, la prueba de la culpa del locatario, corresponde al locador. El locador responde por el deterioro de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor, notorio o acreditado, salvo que pruebe la culpa del locatario. Como en ambos casos, la culpa del locatario excluye la responsabilidad del locador, se sostiene la sinonimia de ambas expresiones, caso fortuito o fuerza mayor, aun cuando en el artículo 1571, mencione sólo la segunda.

En el tratamiento del depósito necesario, el codificador argentino, menciona casos de desastres que pueden ser naturales o humanos: incendio, saqueo, naufragio, incursión de enemigos, o por otros acontecimientos de fuerza mayor, para calificar al depósito de necesario. (art. 2227). En la nota refiere a una conducta “forzada”, en caso del depósito en las posadas. Y en esos casos, el depósito puede hacerse aún a los adultos incapaces de derecho. El posadero se libera, cuando el daño o la pérdida provenga de fuerza mayor, que en caso de ladrones, deben utilizar armas o acceder a la posada por escalamiento. Aquí el elemento común, es la ausencia de voluntad y/o libertad del sujeto.

En el delito de hurto, se debe la cosa, con todos sus accesorios y la indemnización por los deterioros aunque sean por caso fortuito o fuerza mayor. En este supuesto el autor del delito –*“acción ilícita por la cual una persona a sabiendas e intencionalmente perjudica los derechos de otra”* en la nota al artículo 1072- carga con las consecuencias del caso fortuito y la fuerza mayor.

En los daños causados por animales, la fuerza mayor, libera al dueño, tanto como la culpa de la víctima. (art.1128). Si el animal fuera feroz, el *“que lo tenga”*, para eximirse de responsabilidad deberá probar el caso fortuito, pues *“el daño causado”...será siempre imputable al que lo tenga, aunque no le hubiese sido posible evitar el daño”*. (art.1129).

En la locación el impedimento por caso fortuito de los efectos del contrato, lo concluye.

De las normas citadas, son dos las que abonan en forma indudable la concepción monista: los artículos 1517 y 1570. El primero, se refiere al hecho de terceros como “caso fortuito”, lo que descarta la distinción entre el caso y la fuerza mayor, según sea un hecho de la naturaleza o del hombre, al que alude el legislador en la nota al artículo 514. El segundo, refiere la exoneración por fuerza mayor, probando el caso fortuito, utilizando ambas expresiones con el mismo significado (la intención del legislador).

El llamado “argumento dogmático”, razona que en nuestro derecho rige el principio “no hay responsabilidad sin culpa”, siendo excepcional la responsabilidad objetiva. Que la

distinción entre fuerza mayor, externa, que libera y caso fortuito, interno que no exime de responsabilidad, es adecuado al ámbito de responsabilidad objetiva, y sólo sería aplicable en los supuestos –de excepción- en que la ley dispone que la culpa no es presupuesto de responsabilidad.

b. Teorías dualistas. La orden del soberano. Formas que reviste

Los autores que comparten la postura dualista, están de acuerdo en sostener que las expresiones caso fortuito y fuerza mayor, tienen diferente significado.

Pero, se separan en cuanto a si se diferencian por el origen o por el aspecto del hecho, pero con un efecto común, o si tal distinción tiene consecuencias prácticas.

Para quienes opinan que la diferencia es sólo teórica, el efecto liberatorio es idéntico.

Según el origen del evento, el caso fortuito alude a los hechos de la naturaleza y la fuerza mayor al hecho del hombre. Es acorde con lo expuesto por Vélez en la nota al art. 514 y contrario a la referencia del artículo 1517, que dice *“Es caso fortuito...el deterioro de la cosa causado por hechos de terceros”*.

Se ha sostenido, entre los enrolados en la tesis dualista, según el distinto significado de los vocablos “caso fortuito” y “fuerza mayor”, que ambos actúan en forma distinta en materia de contratos y de actos ilícitos.

Que las legislaciones, nacionales y extranjeras, sólo se ocupan de la fuerza mayor en el ámbito contractual, mientras en el extracontractual, no la mencionan. Sólo aluden a ella en relación a daños causados en estado de necesidad.

Explican la cuestión, afirmando que en el ámbito extracontractual la excusa de fuerza mayor, no es necesaria. Si la responsabilidad por ilicitud, se funda en el dolo o en la culpa, faltando uno de ellos no llega a configurarse, luego no es necesario la liberación por fuerza mayor. En cambio, cuando media la existencia previa de una obligación, debe invocar la excusa absolutoria.⁷³

Si el deber la prestación y deber la indemnización son deberes jurídicos distintos, en el primer caso, la fuerza mayor no suprime la obligación, sino que exime de su cumplimiento, en el segundo, el deber no ha nacido.

Entre los supuestos de fuerza mayor, el efecto liberatorio de la orden del soberano es el supuesto de mayor importancia.

Puede presentarse como un obstáculo que impide el cumplimiento de la obligación, y por ende libera al deudor. (orden-obstáculo).

O bien, como una fuerza que domina la voluntad del agente y la obliga a actuar de determinada forma. (orden-impulsión).

⁷³ Lopez Olaciregui, J.M. “La fuerza mayor y la orden del soberano ante la teoría de la responsabilidad civil”, J.A. 1944.IV.p.312 y ss. , Bs.As.

“Para eximir de la obligación debida es menester la excusa. Para no incurrir en responsabilidad aquiliana basta la falta de culpa. Argumento para sostener que deber la prestación y deber la indemnización son distintas formas del deber jurídico”.

74

Si no se responde por falta de culpa ni por fuerza mayor, desarrolla esta opinión, es necesario saber si consisten en una única noción o son distintas.

A la postura que sostiene que la falta de culpa y la fuerza mayor son un mismo concepto, pues o bien el evento era imprevisible e inevitable o bien no lo era, y entonces su producción es culposa, oponen que hay casos en que concurren la imprevisibilidad y la inevitabilidad y no hay culpa, porque no media “acción subjetivamente culpable”: faltan los supuestos de imputabilidad.⁷⁵

Se afirma la existencia de un campo entre la culpa y la fuerza mayor: la ausencia de culpa. La falta de culpa comprende todos aquéllos casos en que no ha existido imprevisibilidad o inevitabilidad, y la fuerza mayor es producto de un hecho imprevisible e inevitable. Para otros es una cuestión de prueba; la fuerza mayor requiere la prueba de un hecho imprevisible e inevitable, la falta de culpa la prueba de un hecho

⁷⁴ Lopez Olaciregui, J.M. “*La fuerza mayor y la orden del soberano ante la teoría de la responsabilidad civil*”, J.A. 1944.IV.p.312 y ss., Bs.As.

⁷⁵ Lopez Olaciregui, J.M., “*La fuerza mayor y la orden del soberano ante la teoría de la responsabilidad civil*”, J.A. 1944.IV.p.312 y ss., Bs.As..

negativo e indefinido, por la imposibilidad de probar que no se ha incurrido en ninguna imprudencia.

En la especie del género fuerza mayor, la orden del soberano distinguen entre la orden obstáculo y la orden impulsión. La primera, el hecho del príncipe hace imposible el cumplimiento, y en la segunda, se presenta como fuerza que domina la voluntad del agente.

La diferencia entre ambas es trascendente, pues mientras la orden obstáculo es objetiva, la orden impulso involucra la voluntad del agente.

La cuestión es cuando el acatamiento de una orden, exime de responsabilidad. Se construyen tres doctrinas: la obediencia necesaria, la obediencia debida y la obediencia errada.

Cuando la orden del soberano - legítima o ilegítima- se respalda por la violencia – fuerza, coacción o amenaza- tal elemento excluye la voluntad del agente, siendo la obediencia “necesaria”. Afirman que la obediencia necesaria es un estado de necesidad. A partir de allí surgen dos cuestiones: si es un caso de fuerza mayor y si funciona como eximente de responsabilidad.

Para algunos, la obediencia- necesidad no es fuerza mayor, porque no constituye un acto externo, absoluto e insuperable. Para otros son nociones idénticas; y terceros distinguen ambos conceptos, en orden a la gradación del impulso o restricción de la libertad del agente. Acerca de la virtualidad como eximente del “estado de necesidad”, la doctrina se divide

entre quienes sostienen la impunidad del agente, su responsabilidad y el límite de ésta a la acción de *in rem verso*⁷⁶.

La obediencia debida es aquélla que está fundada en las leyes; “*la que prestan los subordinados a sus superiores, los hijos a sus padres, los vecinos a la autoridad, y los súbditos al gobierno*”.⁷⁷ Se requiere: una orden legítima, una relación de jerarquía y emisión bajo las formas legales, para que opere como eximente de responsabilidad.

La obediencia errada, se trata de la aplicación del error como vicios de la voluntad; cuando el agente por error no culpable obedeciese una orden ilegítima.

Para otros, el caso fortuito alude a lo imprevisible del hecho, mientras que la fuerza mayor a la irresistibilidad del mismo. (Planiol, Ripert, Boulanger).

Al otorgar a ambos conceptos, una virtualidad idéntica exoneratoria de la responsabilidad, habría sólo una apariencia de dualismo, ya que en lo substancial representan una concepción monista de ambos conceptos”.⁷⁸

En cuanto a las distinciones que otorgan diferentes efectos al caso fortuito y a la fuerza mayor, encuentran la justificación del distingo, en que en algunos supuestos el deudor se libera por fuerza mayor, mas no por caso fortuito.

⁷⁶ Lopez Olaciregui, J.M. “*La fuerza mayor y la orden del soberano ante la teoría de la responsabilidad civil*”, J.A. 1944.IV.p.312 y ss., Bs. As.

⁷⁷ Lopez Olaciregui, J.M. “*La fuerza mayor y la orden del soberano ante la teoría de la responsabilidad civil*”, J.A. 1944.IV.p.312 y ss., Bs. As.

⁷⁸ Gianfelice, M. “*Caso Fortuito y caso de fuerza mayor en el sistema de responsabilidad civil*”, p. 33 y ss., ed. Abeledo Perrot 1995.Bs.As..

Vimos que en el derecho alemán – que distingue en sus efectos el caso fortuito de la fuerza mayor- la fuerza mayor es una excepción a la regla de la responsabilidad por caso fortuito en algunos contratos.

Dentro de esta corriente, se diferencia la imposibilidad relativa de la absoluta, como grados de impedimento. En el caso fortuito es la imposibilidad relativa, que considera la previsión media u ordinaria; podría ser superado por una previsión mayor: la de un sujeto mejor preparado. En cambio la fuerza mayor es la imposibilidad absoluta, que provoca un obstáculo irresistible, imprevisto e imprevisible.

La tesis de Adolfo Exner:

Profesor de derecho de la Universidad de Viena, en su obra *“De la fuerza mayor en el derecho mercantil romano y actual”*, o *“La noción de fuerza mayor. Teoría de la responsabilidad en el contrato de transporte”*, expone su concepto de los vocablos, siendo una de las obras más famosas del tema.

La tesis se dedica a la aplicación de los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor en el ámbito del derecho mercantil y en ese campo, a los contratos de excepción en los cuales el empresario responde de modo absoluto, de la integridad y buen estado de los bienes y las personas confiadas a su industria.⁷⁹

⁷⁹ Gianfelice, M. *“Caso Fortuito y caso de fuerza mayor en el sistema de responsabilidad civil”*, p. 33 y ss. .ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1995.

Trata de establecer la distinción, en el campo mercantil y de determinados contratos, entre el caso fortuito y la fuerza mayor, a fin de reservar la repercusión exoneratoria sólo para la segunda.

Dedica su estudio a la responsabilidad del transportista y del hotelero. Parte de la construcción pretoriana de la responsabilidad *ex recepto*, y concluye que se trata de una responsabilidad sin culpa. El empresario responde como asegurador de los bienes y de las personas, no sólo por su culpa, sino también por accidente. Sólo se libera en caso de *vis maior*.

Para el autor la responsabilidad del receptor es sin culpa o por caso fortuito. El único eximente es la fuerza mayor, razón por la que estos dos conceptos son distintos.

También se aparta del criterio subjetivo de la *vis maior*, que se funda en una relación entre los hechos y la medida que el presunto responsable ha tomado para evitarla. Este concepto subjetivo de la fuerza mayor, mantiene la regla de que no hay responsabilidad sin culpa; lo particular de la responsabilidad *ex recepto* es ser una responsabilidad por culpa levísima, que exige medidas de precaución extraordinarias o exactísima diligencia.

Entonces en esta singular responsabilidad, *ex recepto*, establecida en interés del tráfico, el receptor responde por el daño sufrido por los bienes o las cosas, salvo que sea notorio, evidente, casual, el hecho que impide cumplir. La fuerza mayor debe juzgarse en forma objetiva, independientemente de la conducta del receptor.

La fuerza mayor requiere - en esta tesis- para liberar al deudor dos elementos, uno cualitativo y otro cuantitativo.

El requisito cualitativo es que sea un hecho exterior al agente, que tenga su causa fuera del ámbito de la relación.

Debe ser un accidente exterior. El accidente que se produce en el interior del círculo relacional no exime de responsabilidad al receptor y constituyen el caso fortuito por el que debe responder.

En el transporte, sostiene Exner, el porteador reviste la calidad de asegurador o garante de las cosas recibidas.

Así, por ausencia de este elemento cualitativo no son casos de fuerza mayor : *“el daño o la destrucción que experimenta la mercadería recibida por las siguientes causas: explosión de una máquina infernal recibida a bordo bajo declaración falsa; contacto con otras mercaderías recibidas de un tercero que se encontraban en mal estado; enfermedad súbita e inculpable que ataca a un empleado y lo incapacita para prestar el servicio que se le confió, tal el caso del maquinista que en medio de su trabajo sufre un ataque de apoplejía , lo que determina que el tren sin guía caiga en el abismo...huelga del personal;”* entre otros.⁸⁰

Sí son de fuerza mayor los daños *“que reconocen las siguientes causas: incendio causado por el rayo, por un bombardeo o proveniente de una casa vecina; muerte del maquinista causada por el rayo, por la fuerza del huracán o el*

⁸⁰ Gianfelice, M. “Caso Fortuito y caso de fuerza mayor en el sistema de responsabilidad civil”, p. 37 , ed. Abeledo Perrot 1995.Bs.As.

*disparo de un fusil efectuado al tren por un enemigo; inasistencia del personal por movilización militar o revolución generalizada”*⁸¹.

El transportista – de los casos citados- no responde por los daños causados por el descarrilamiento del tren por inactividad de su empleado, si lo que la causa es externa al mismo: la muerte del guarda por un rayo. En cambio si la misma muerte, con las mismas consecuencias dañosas, fue resultado de una enfermedad súbita del guarda, el porteador –según esta postura- es responsable por los daños causados.

El segundo requisito es cuantitativo: se refiere a la extraordinariedad del suceso. Debe ser de tal magnitud que evidencie su acaecimiento y su inevitabilidad en el caso concreto.

El caso además de ser exterior, para ser caso de fuerza mayor debe ser notorio, de una importancia superior, que no sea dable encontrar en el curso de la vida ordinaria.

Exner delinea el concepto de fuerza mayor: “1. *Se ha originado fuera del círculo industrial de la empresa de tráfico de que se trate y cuya acción ha causado en este círculo industrial un daño corporal o material. 2. Merced a la clase e importancia de su manifestación, excede visiblemente los accidentes tenidos en cuenta en el curso normal de la vida*”.⁸²

Esta tesis, se desarrolló para ser aplicada en el ámbito mercantil, y específicamente, en el transporte. Fue

⁸¹ Gianfelice, M. “Caso Fortuito y caso de fuerza mayor en el sistema de responsabilidad civil” , p.38,ed. Abeledo Perrot 1995.Bs.As.

⁸² Exner, A. “ De la fuerza mayor en el derecho mercantil romano y en el actual” p. 184 y 185,.Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, Librería General de Victoriano Suarez, Madrid 1905.

adoptada por la doctrina francesa y llevada al ámbito específico de los accidentes de trabajo.

Los autores franceses distinguen entre el caso fortuito *stricto sensu*, que es el que proviene de afuera y no guarda ninguna relación con el ámbito laboral y por la que no responde el patrón. Y el caso fortuito en sentido amplio, que es propio de la tarea, que debe absorber el dueño, como riesgo profesional.

Josserand denomina fuerza mayor a los hechos que invariablemente conducen a la liberación del deudor y caso fortuito, a aquellos que pueden o no operar como eximente de responsabilidad.

Sostiene que tanto uno como otro, en la concepción de Exner, pueden ser exteriores. Y que la extraordinariedad, es una circunstancia relativa que llevará al juez a indagar si medio negligencia o imprudencia.

Descarta el elemento cuantitativo y hace del cualitativo, en una nueva concepción de “causa extraña”. La exterioridad no se resume en que se produzca fuera del dominio del deudor, puesto que esta exterioridad puede ser aparente y no excluir una relación entre el hecho dañoso y el deudor. Un hecho es exterior, debido a fuerza mayor y exonera al deudor, cuando no guarda ninguna relación ni indirectamente con la actividad de éste. En cambio el caso fortuito, por el que responde el ofensor, está de algún modo conectado con la actividad de éste.

Recordemos por último, que Colin y Capitant distinguieron los vocablos “caso fortuito” y “fuerza mayor” según una menor o mayor ausencia de culpa. El caso fortuito sería suficiente para exonerar al deudor, salvo casos

excepcionales, en que se tendría que configurar la fuerza mayor, para liberar al deudor.

Son mayoría las consideraciones sobre la configuración del caso fortuito y fuerza mayor, las que alejan su vinculación con la culpa.

En la doctrina nacional, se ha discutido la relación entre la culpa y el caso fortuito y fuerza mayor.

Algunos autores, afirman que donde termina la culpa, comienza el caso fortuito y la fuerza mayor. Esta concepción, el incumplimiento es imputable al deudor, por culpa o dolo; si no lo es, entramos en el campo del caso fortuito o fuerza mayor.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina sostiene que se tratan de nociones distintas, a tal punto que puede haber ausencia de culpa, sin que por ello, estemos frente a un caso fortuito o fuerza mayor. Estos autores justifican que la ausencia de culpa y el caso fortuito, son dos nociones distintas.

Se han señalado las siguientes diferencias:

“1. En tanto la culpa actúa como una atribución subjetiva, el casus se orienta a una relación material o física”.

“2. La previsibilidad en el tema de la culpa es predominantemente subjetiva; en materia de caso fortuito es objetiva.”

“3. Probar la falta de culpa significa “ exhibir una conducta diligente desde el ángulo del agente de la misma, de manera tal que llega al convencimiento del juez que ese obrar no era reprochable. Probar el caso fortuito o la fuerza mayor significa demostrar la existencia frente al sujeto de un hecho que no era posible prever o evitar , aunque tal conducta hubiese sido irreprochable, porque la fuerza genética o la preponderancia del

mismo era excluyente de esta conducta en la producción del resultado. (Bustamante Alsina)”

“4. La no culpa es causal de inculpabilidad. El casus, en cambio opera en el plano de la relación de causalidad, fracturando el nexo entre el agente y el daño y la consecuencia nociva entre el deudor y el incumplimiento”.

En la doctrina actual, el caso fortuito o fuerza mayor se evalúa en el ámbito de la relación causal, mientras que la culpa, en el campo de la atribución de la responsabilidad.

Se podría considerar que se ha tratado una noción de caso fortuito y fuerza mayor, genérica, monista, residual, caracterizada por la imprevisibilidad e inevitabilidad del evento, que opera como eximente de responsabilidad, tanto derivada de una relación contractual, como aquiliana, en todos aquéllos supuestos que la ley no atribuya una responsabilidad más amplia.

Y otra noción de ambos vocablos específica, para los casos de mayor extensión de responsabilidad, reservando el caso fortuito para designar el genérico, que no exonera de responsabilidad, y la fuerza mayor, cuyos requisitos sumarían cualitativamente, la exterioridad y cuantitativamente, la notoriedad y extraordinariedad y operaría liberando al deudor.

En todos los supuestos en que el autor responde en forma objetiva, con independencia de la culpa o factor subjetivo, la exoneración de responsabilidad sería consecuencia de la fuerza mayor, o un caso fortuito específico, que además de imprevisible e inevitable, sea notorio y exterior.

En el proyecto de reforma de 1998 del Código Civil argentino, por ejemplo, en los casos de los artículos 1133 y 1415 inc.”c”, por los cuales el locador responde por el deterioro de la

cosa por caso fortuito y el comodatario “por cualquier pérdida o deterioro de la cosa aún causados por caso fortuito”, se eximiría de responsabilidad si la pérdida o el deterioro fuese causado por fuerza mayor, es decir un evento imprevisible e inevitable, y, además, notorio y exterior.

4.Sistemas legislativos.

En la antigüedad se legisló casuísticamente la liberación del deudor por el caso fortuito y por la fuerza mayor, cuando en el desastre no había intervención humana. En la edad media se elabora en relación a la ausencia de culpa, en sus distintos grados: lata, leve y levísima.

La regla de la responsabilidad por culpa, “*Pas de responsabilité sans faute*”, es recogida por los Códigos de siglo XIX, siendo el caso fortuito o fuerza mayor, ausencia de culpa. “*Donde termina la culpa, comienza el caso fortuito*”.

Pero es a fines de este mismo siglo que comienza la separación de la responsabilidad de la culpa, primero estableciendo presunciones (jurisprudenciales, luego legales) *iuris tantum*, luego presunciones *iure et de iure*, para llegar a configurar la responsabilidad objetiva.

El criterio es que se debe responder no sólo por el daño injustamente causado, sino por el que ha sido injustamente sufrido, haya o no ilicitud en el obrar del llamado a responder. “*El epicentro de la responsabilidad se ha trasladado de la culpa*”

*al daño. Es este último fenómeno en torno al cual gira toda justificación indemnizatoria”.*⁸³

Es a fines del siglo XIX, cuando la responsabilidad se separa de la culpa, que cobra nuevo interés la definición y significación del caso fortuito o fuerza mayor, como eximente de responsabilidad.

El Dr. Atilio Alterini precisó: “ *En el sistema clásico hubo ciertas ambigüedades conceptuales con relación al caso fortuito, con las cuales se pudo convivir sin que se afectara la corrección de las soluciones, porque cuando la víctima tiene la obligación de probar que aquél a quien demanda reparación ha cometido una culpa, el problema de la fuerza mayor, aparece con dificultad y ni siquiera llega a plantearse*”.

Pero en el régimen moderno al sobresalir con⁸⁴ nitidez la responsabilidad objetiva, “el interés de la noción de fuerza mayor surge en el primer plano” (Mazeau-Tunc).⁸⁵

En la doctrina, las opiniones que atribuyen distinto significado al caso fortuito y a la fuerza mayor, han sido clasificadas en:

- a. Las que entienden que el caso fortuito es un hecho de la naturaleza, y la fuerza mayor un hecho del hombre. Le atribuyen los mismos efectos. (Demolombe, Marcadé, Fiorgi, Salvat, Galli).

⁸³ Vázquez Ferreira, Roberto “Los presupuestos del deber de reparar” La Ley ISSN024-1636.4 de mayo de 2012. p.2.Bs.As.

⁸⁴ .Alterini A.A. “Enciclopedia de la responsabilidad civil”, caso fortuito, T 1, p.103.Ab.Perrot 1998. Bs.As.

⁸⁵ .Alterini A.A. “Enciclopedia de la responsabilidad civil”, caso fortuito, T 1, p.103.Ab.Perrot 1998. Bs.As.

- b. Para quienes el caso fortuito es un hecho imprevisible y la fuerza mayor, una acción inevitable, irresistible. (Planiol, Ripert, Boulanger).
- c. El caso fortuito es el hecho imprevisible e inevitable según la diligencia del hombre común, mientras que la fuerza mayor, se califica según un deudor más diligente que el común. (Colin, Capitant)
- d. El caso fortuito es interno de la relación obligacional, en el ámbito en que ella se produce; la fuerza mayor es externa, y sólo ella actúa como eximente. (Exner, Josserand).

En el campo contractual, se ha considerado, además, la distinción:

- a. según el evento suceda esporádicamente, o es una circunstancia extraordinaria, que proviene del exterior.
- b. si el hecho recae sobre la prestación o sobre el sujeto; en el primer supuesto es caso fortuito, en el segundo, fuerza mayor.
- c. para otros, la fuerza mayor es un obstáculo insalvable para el cumplimiento de la prestación, mientras que el caso fortuito es un impedimento sólo por las circunstancias particulares del caso.

El último proyecto de reforma del Código Civil del 2012, define el caso fortuito y la fuerza mayor explicitando que son sinónimos, y mantiene los requisitos del art.514 del Código de Vélez:

*“Artículo 1727.- **Caso fortuito.** Se considera caso fortuito al hecho que no ha podido ser previsto, o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. En este Código se emplean como sinónimos los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor”.*

El caso fortuito exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario.

Y dispone sobre la exoneración de responsabilidad por el hecho ajeno:

*“Artículo 1728.- **Hecho de un tercero.** Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito.”*

*Artículo 1729.- **Imposibilidad de cumplimiento.** El deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento, y no es responsable, si la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado. La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos.*

*Artículo 1730.- **Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento.** Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos:*

- a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad;*
- b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento;*
- c) si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento;*
- d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa;*

- e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad;*
- f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito.*

La codificación vigente mantiene la proyectada ahora con la numeración, respectivamente, 1730, 1731, 1732 y 1733, a salvo la redacción del primero que incluye: “...*El caso fortuito fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario...*”

Capítulo IV. Requisitos del caso fortuito.

- a. Los requisitos que delinear el caso fortuito. Estado actual de la doctrina.

En el derecho argentino, la mayoría de la doctrina, en la actualidad, acuerda la sinonimia, entre los vocablos caso fortuito y fuerza mayor.

En opinión del Dr. Jorge J. Llambías: “*No es dudoso que la significación de los vocablos que entran en las expresiones que estudiamos responden a dos ideas distintas. Lo “fortuito” es lo que proviene del azar o casualidad, que es la combinación de circunstancias que no se pueden prever ni evitar y cuyas causas se ignoran. En cambio la fuerza mayor*

alude a la acción ajena incontrastable que el deudor no puede superar. Esa diversidad de ideas estaba presente en el derecho romano, y en los antiguos derechos francés y español que comprendían en la noción de caso fortuito a los hechos naturales y en la de fuerza mayor a los hechos humanos. Pero luego de la sanción del Código de Napoleon, sólo Demolombe y Marcadé siguieron insistiendo en la distinción, si bien aclarando que carecía prácticamente de interés. Esto nos parece definitivo para aprobar la tendencia dominante de la doctrina y de la jurisprudencia, que asimila ambas nociones en cuanto producen el mismo efecto jurídico, consistente en la liberación del deudor. Se ha observado, con razón que para precisar el lenguaje jurídico se requiere no establecer clasificaciones inútiles. Por ello es aconsejable asimilar las nociones de caso fortuito y fuerza mayor, puesto que la ley ve simplemente en esas expresiones una causa eximente de la responsabilidad del deudor”⁸⁶

En el mismo sentido, el Dr. Guillermo Borda, sostiene la identidad de las consecuencias del caso fortuito y de la fuerza mayor

Como requisitos del instituto se consideran la producción de un hecho externo, positivo, concreto, y determinado.

*“El hecho calificable como caso fortuito debe ser externo, positivo, concreto y determinado (Busso), de lo cual se sigue, por lo pronto, que la causa desconocida no es invocable como tal”.*⁸⁷

⁸⁶ Llambías J. J. “*Tratado de derecho civil. Obligaciones*” T.1 p.214. Bs. As. Ab. Perrot.1979.

⁸⁷ Alterini A.A. “*Derecho de las Obligaciones* “, T 1, p.369, Bs.As..Ab.Perrot 1998.

Sobre sus elementos y requisitos, se estudian la imprevisibilidad, la inevitabilidad o irresistibilidad, la exterioridad, la imposibilidad, la notoriedad, la sobreviniencia, y la extraordinariedad. También se analizan, la necesidad de actualidad y de inimputabilidad del evento dañoso.

b. Imprevisibilidad.

La norma del artículo 514 del Código Civil argentino, y el art. 1730 del CCC, establecen la condición de imprevisibilidad del hecho para constituir un caso fortuito, como eximente de responsabilidad.

Rescatamos el precepto, para descartar la posición doctrinaria que considera que la imprevisibilidad no es una nota distintiva del *casus*; razonan que en términos absolutos todo evento es previsible, por lo que no existiría jamás un caso fortuito.

Destacan que o bien la previsión del caso no lo hace irresistible, o bien lo hace evitable. En el primer supuesto es irrelevante la previsibilidad, pues de todos modos es inevitable. En el segundo, caemos en el terreno de la culpa, porque si era evitable debió impedirlo. La polémica queda – entonces- fuera de nuestro sistema positivo.

Por imperativo legal, en nuestro derecho, el hecho configurativo del caso fortuito debe ser imprevisible. Y si no lo

fuera, debe ser inevitable. Es tal cuando resulta imposible de prever, porque no hay razón para pensar que sucederá. “*o que habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado*”. (art.1730 C.C.C.).

1. El caso fortuito como suceso imprevisible al tiempo de contratar.

En cuanto al tiempo en que se juzga la imprevisibilidad , se distingue en materia contractual, de la extracontractual, para concluir que en la primera, debe observarse al tiempo de contraer la obligación, y en la segunda al momento del hecho dañoso.

La naturaleza de la obligación, va indicar la aptitud volcada en la diligencia, requerida para adelantarse al resultado de los hechos. La diligencia es concreta: las que exija la naturaleza de la obligación, según las circunstancias del caso, de las personas, del tiempo y del lugar.

Es la fórmula del artículo 512 del Código Civil: “*La culpa en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquéllas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*”. Y la prevista por el art. 1724 del C.C.C.: “*...omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar...*”.

En primer atisbo, la previsibilidad del hecho, se vincula con la culpa. Son las diligencias exigibles en cada supuesto en particular, las que van a indicar el resultado probable.

La conducta exigida, consiste la de “*un buen padre de familia*”, según la nota del artículo 512 C.C., citado.

La evaluación de un hecho como imprevisible, es un cálculo de probabilidades, que requiere, en primer término excluir la culpa, descrita en el artículo 512 y su nota y el art. 1724 C.C.C.. Pero no se identifica con la ausencia de ella, como reflexionamos anteriormente.

Podría ser útil distinguir la previsibilidad de un acontecimiento, con la anticipación de sus consecuencias. Puede suceder un hecho inédito, que podríamos imaginar, sin que logremos advertir sus consecuencias.

La diligencia exigida es “*in concreto*”. No se tiene en cuenta “*la condición especial o la condición (facultad) intelectual de una persona determinada*”. Regla que no rige en materia contractual, cuando “*suponen(existe) una confianza especial entre las partes*” (art. 909 Código Civil y art. 1725 C.C.C.). Y en todos los casos, el codificador establece el parámetro de que “*cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos*” (art.902 Código Civil) y hoy “*mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias*”. (art.1725 C.C.C.).

La capacidad de previsión de los hechos y de cálculo de sus consecuencias es distinto en cada ser humano,

circunstancia de mayor incidencia en el mundo actual, donde se conectan y confunden, distintos estadios evolutivos técnicos, científicos y culturales, en una misma actividad. Coexisten bajo un mismo sistema legal aplicable, seres humanos con diferencias profundas en la capacidad de advertir un fenómeno y comprender sus consecuencias.

La vía de inclusión de estas diferencias, frente a la norma del artículo 909 del Código Civil, y el art. 1725 del C.C.C., podría encontrarse en la cita de Zachariae, en la nota del artículo 512 del primer cuerpo legal. Sin descartar las críticas metodológicas acerca de la invalidez legal de las notas.

La referida cita dice: *“la sola ley es la conciencia del juez. Si por una reminiscencia de las antiguas denominaciones el código toma por término de comparación de los cuidados que incumben al que está obligado a velar por la conservación de una cosa, la diligencia de un buen padre de familia, no ha querido sin duda mantener una clasificación que excluyen los términos de los artículos, cuando no hay un tipo conocido al cual pueda referirse y medir por él las diligencias que hace un buen padre de familia. El artículo del código se reduce a un consejo a los jueces de no tener ni demasiado rigor, ni demasiada indulgencia, y de no exigir del deudor de la obligación sino los cuidados razonables, debidos a la cosa que está encargado de conservar, sea en razón de la naturaleza de ella, sea en razón de las circunstancias variables al infinito, que modifican su obligación para hacerla más o menos estricta”*.

En una primera mirada, vemos la imprevisibilidad, vinculada a la ausencia de culpa, con la advertencia de que un hecho puede ser previsible en ciertos casos y bajo ciertas

circunstancias y otras veces no serlo, pero sin identificar el caso con la ausencia de culpa. Este requiere un hecho concreto, positivo, que va a desencadenar el daño.

Esta distinción –sobre la que volvemos- importaría la ausencia de responsabilidad – la no culpa- diferente del caso fortuito.

“Para la demostración de la no culpa bastaría con acreditar la previsibilidad o diligencia mayor no exigible, de acuerdo a la índole de la obligación; en tanto que la prueba del caso fortuito se ajustaría a la demostración de sus rigurosos requisitos”.

Este es criterio plasmado en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987, que afirma que hay incumplimiento sin culpa, cuando el deudor acredita que el cumplimiento hubiese exigido un diligencia mayor.

El Proyecto de Reforma del Código Civil de 1993, en su art.513, declaró: *“Hay falta de culpa, cuando el deudor acredite que para cumplir empleó la diligencia exigible, según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando de las circunstancias de la obligación o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, sólo se liberará si demuestra la incidencia de una causa ajena”.*

Parte de la doctrina, sostiene que en nuestra ley, antes con la redacción del artículo 514 del Código Civil y hoy del 1730 del C.C.C., con los requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad, tiene el incumplimiento por falta de culpa, idéntica denotación. Y se planteó la utilidad de redefinir – a

pesar de la nota al artículo 512 del Código Civil- las gradaciones de la culpa que definieron los glosadores. Fundaban su viabilidad en las normas del mismo Código Civil, que aluden a ellas:

1-Los artículos 1462 y 1463, sobre los efectos del traspaso de crédito, mediando imprudencia grave, en el contrato de cesión de créditos.

2-En la nota al artículo 964, la renuncia a facultades en fraude de los acreedores, califica de *“falta grave que puede equipararse al dolo”*, la de quien ha contraído obligaciones positivas, y que no cuida o renuncia los medios de cumplirlas.

3-La nota al artículo 1143, refiere a la culpa levísima en su ejemplo de contrato innominado.

4-En el cumplimiento de las obligaciones del socio, (art. 1724), del depositario, (art. 2202) y del gestor de negocios ajenos, (art. 2291) exige las mismas diligencias que en el propio negocio, una culpa leve en concreto.

5-Al acreedor pignoraticio, le atribuye una responsabilidad más “extensa”, que a la del depositario. (nota art. 3225).

El C.C.C. prevé una gradación especial de culpa en el art. 1358: *“El depositario deberá poner en la guarda de la cosa la diligencia que usa para sus cosas...”*.Y en el art. 1786 : *“ El gestor es responsable...Su diligencia se aprecia con referencia concreta a su actuación en los asuntos propios; son pautas a considerar, entre otras , si se trata de una*

gestión urgente, si procura librar al dueño del negocio de un perjuicio, y si actúa por motivos de amistad o de afección”

La previsibilidad de un hecho, implica, como dijimos, un cálculo de probabilidad de que un hecho pueda suceder y además de las consecuencias que pueda acarrear.

Ello nos introduce en el campo de la causalidad o de la relación causal. Cuando atribuimos consecuencias a un acontecimiento, establecemos una relación entre hechos, que es actividad puramente del entendimiento humano.

Conectamos los hechos por analogía, por proximidad, y la causalidad. La relación que suponemos causa-efecto, está determinada por la experiencia, por la repetición o habitualidad de su acaecimiento sucesivo en un espacio tridimensional y un transcurrir regular del tiempo, conceptos también por nosotros inventados. De este modo la mente humana impone los hechos a la naturaleza.

La vinculación del pensamiento, entre la causa y el efecto no proviene de la razón, sino de la habitualidad de su sucesión, en la experiencia. Es un criterio de probabilidad.

Así, establece el legislador del C.C. que *“las consecuencias de un hecho que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este código consecuencias inmediatas”*; *las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias mediatas”*.

Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman consecuencias casuales” (art. 901 C.C.).

El C.C.C., en el art. 1727, en el mismo sentido, dice: *“Tipos de consecuencias. Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código “ consecuencias inmediatas”. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman “consecuencias mediatas”. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias casuales”.”*

Si el hecho de que se trate es una consecuencia que acostumbra a suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se presume siempre que es previsible. El análisis de previsibilidad o imprevisibilidad, en punto a las consecuencias de un hecho, comienza a partir de su conexión con un acontecimiento distinto.⁸⁸ Y termina con las que sólo han sido una condición de la producción de la consecuencia. (V. art.906 C.C.).

Y el parámetro para juzgar la previsibilidad de las consecuencias, va a resultar de la naturaleza de la obligación, y de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, con las consideraciones de los artículos 902 y 909 del Código Civil, hoy art. 1725 del C.C.C..

⁸⁸ Goldenberg I. “Responsabilidad civil”, n° 14. Ed. Hammurabi, Bs.As, p. 205. “Indemnización de daños y perjuicios. La extensión del resarcimiento y la relación causal”.

Podemos acotar que no basta que un hecho sea imprevisto, para contar con este requisito que analizamos, sino que requiere que sea imprevisible: que no se haya podido prever.

1.1. La imprevisibilidad como presupuesto lógico de la inevitabilidad.

Reflexionamos que la imprevisibilidad del hecho que configura el caso fortuito, es presupuesto lógico de su inevitabilidad.

*“La imprevisibilidad del resultado es el presupuesto lógico de la inevitabilidad del mismo. La diligencia exigible ha de determinarse en principio según la clase de actividad de que se trate y de lo que puede y debe esperarse de una persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso”.*⁸⁹

La relación entre ambas notas del *casus*: la imprevisibilidad y la inevitabilidad, consiste en que si el hecho o suceso no es previsible- presupuesto- no puede considerarse, sin más, evitable por el sujeto, pues no es exigible una conducta orientada a evitar lo que el sujeto no pudo representar su acaecimiento.

Si no es previsible un resultado o un hecho, éste no puede –lógicamente- reputarse evitable. Ello porque si no es

⁸⁹ Sentencia 00291/2012 del 3 de febrero. T.S.J. Asturias. Portaljuridico.lexnov.es.

objetivamente posible que el sujeto pueda conocer que el proceso causal que impulsa o que no impide, pueda producir determinado suceso, es irrazonable exigir que realice una conducta dirigida a obstaculizar dicho proceso causal y la aparición de su consecuencia natural.

“Se da la tarea de precisar la diferencia conceptual entre la previsibilidad y previsión, para concluir que la previsibilidad o imprevisibilidad de un hecho determinado, se determina según criterio objetivo o abstracto”⁹⁰

c. Inevitabilidad.

1-El caso fortuito como suceso inevitable.

El codificador del C.C. , en la nota al art.514 del Código, cita ejemplos de los que puede configurar un acto irresistible o inevitable: *“la impetuosidad de un río que se sale de su cauce”*, los *“terremotos o temblores de tierra”*, *“las tempestades”*, *“el incendio”*, *“la guerra”*, *“el hecho del soberano o el hecho del príncipe”*.

⁹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 20 de noviembre de 1989.Bogotá.Revista@e-mercatoria, vol.2, nro.1,2003.” Bermudez, Elvira Franco. De c. Soc. Aseguradora de vida Colseguros S.A..

*“Un hecho es irresistible cuando aunque haya sido efectivamente previsto, no puede ser evitado, a pesar de la diligencia que haya sido puesta para ello.”*⁹¹

Para caracterizar el caso fortuito, la teoría partió de su característica de imprevisibilidad: de su imposibilidad de representarse su ocurrencia. Luego, en la actualidad, la doctrina centra su definición en la inevitabilidad o irresistibilidad del suceso. No obstante, es numerosa la doctrina, que considera que ambos deben concurrir, para que el caso fortuito opere como eximente.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha dicho: *“Según el verdadero sentido o inteligencia del artículo 1º de la ley 95 de 1890, los elementos integrantes del caso fortuito o fuerza mayor...deben ser concurrentes (imprevisibilidad e irresistibilidad) lo cual se traduce en que si el hecho o suceso ciertamente es imprevisible pero se lo puede resistir, no se da el fenómeno, como tampoco se configura a pesar de ser irresistible pudo preverse. De suerte que la ausencia de uno de sus elementos elimina la estructuración de la fuerza mayor o caso fortuito”*.⁹²

Otros autores sostienen que el hecho irresistible aun previsible, puede ser considerado caso fortuito. Es decir, basta con la inevitabilidad para configurar el caso fortuito. En

⁹¹ Alterini, A.A. *“Derecho de las Obligaciones”* Bs.As.A.Perrot. 2º ed. Act.,p.370.

⁹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 20 de noviembre de 1989.Bogotá.Revista@e-mercatoria, vol.2, nro.1,2003.” Bermudez, Elvira Franco. De c.Soc.Aseguradora de vida Colseguros S.A..

esa comprensión, la imprevisibilidad no sería un requisito del caso fortuito, pues todo acontecimiento – en términos absolutos – es previsible, luego no existiría el *casus*. Es esta la interpretación literal del art. 514 del C.C..

También, razonan, que si el *casus* fue previsto, puede ser o no evitable. En el primer caso, el haber sido previsible no tiene influencia en sus consecuencias; en el segundo, le basta la inevitabilidad para configurarlo. Y de lo contrario, no resistir un evento que se tiene la obligación de evitar implica su causación culpable.

Teóricamente, se podría concebir la noción de caso fortuito sin el requisito de imprevisibilidad, siendo su determinante la irresistibilidad. Pero si se mantiene el rango de cada elemento, no es descartable la utilidad de cada uno en el diagnóstico del *casus*. La imprevisibilidad, relaciona la causa y la inevitabilidad, la imposibilidad de resistirlo.

“De este modo los dos caracteres aparecen diferenciados, pudiendo existir irresistibilidad sin imprevisibilidad (caso de un comerciante, que a consecuencia de una prohibición de exportación se encuentra en la imposibilidad de expedir la mercadería vendida, aun cuando él conocía la inminencia de la prohibición: en este caso no hay fuerza mayor, porque el acontecimiento aun siendo irresistible, era previsible; y a la inversa, puede existir imprevisibilidad sin irresistibilidad.

Caso de múltiples acontecimientos que siendo imprevistos, crean dificultades que empero, no resultan insuperables”⁹³.

La doctrina nacional considera que es la inevitabilidad, el rasgo más relevante del *casus*. *“El requisito esencial del caso fortuito o de la fuerza mayor es su irresistibilidad o inevitabilidad, ya que tanto lo imprevisible como lo previsible exoneran al deudor de responsabilidad cuando resulta inevitable”*. (CNCiv., Sala “C”, 20/08/1979, La ley, 1979-D, 333, ED, 84-619).

“A tenor de lo dicho, dos son pues los rasgos esenciales tipificantes del “casus” : la imprevisibilidad y la inevitabilidad, aunque bien puede decirse que este último es el más decisivo, puesto que aún lo previsible si es inevitable puede exonerar de responsabilidad, y a la inversa, lo imprevisible deviene verdaderamente relevante, en la medida en que por ello torna inevitable el acontecimiento que no se pudo prever”.⁹⁴

Podemos afirmar que en la actualidad, ambos elementos, la imprevisibilidad y la inevitabilidad son requisitos del *“casus”*, y que la nota relevante de su noción es la segunda, la irresistibilidad⁹⁵.

La doctrina sostiene que la irresistibilidad hábil para connotar el *“casus”*, no consiste en cualquier obstáculo o

⁹³ Peirano Facio J. *“Responsabilidad extracontractual”*. p .458. Ed. Depalma. 1954. Bs.As..

⁹⁴ Trigo Represas, Félix.”*“Casus” y Falta de Culpa*”, Bs.As., La Ley 1981-B, p.283

⁹⁵ Alterini-Ameal-Lopez Cabana *“Derecho de las obligaciones civiles y comerciales”*, Bs.As., ed. Ab. Perrot. 2°ed.act. 2003, p. 370.

dificultad, sino que debe constituirse en impedimento insalvable: la imposibilidad debe ser absoluta.

Por imposibilidad absoluta, adelantamos, algunos autores entienden “*que estamos frente a un caso de imposibilidad cuando ella existiría para cualquier persona que se encuentre en las condiciones del presunto ofensor, sea cual fuere la situación de éste considerado como persona concreta*”⁹⁶. Para estos autores no basta con que la imposibilidad alcance al deudor, que consideran relativa o personal, sino que debe constituir un impedimento independiente de la personalidad del deudor y de sus medios de acción.

Otros analistas, sostienen que si bien el impedimento debe ser absoluto, puede o no ser general, afectar a más personas, que alcanza con que afecte al deudor.

El carácter de absoluto de la irresistibilidad, puede significar la imposibilidad total de evitar el hecho, o bien incluir el carácter general de la valla, como opuesto a que lo sea sólo con relación al deudor. Es decir que no tenga carácter personal, que lo sea para cualquier hombre en la misma situación externa que el ofensor.

Esta última comprensión encuentra el límite en las diferentes condiciones del desarrollo humano, que impiden establecer un criterio de posibilidades de resistibilidad homogéneo, válido para todas las personas.

⁹⁶ Trigo Represas, Félix.” “*Casus*” y *Falta de Culpa*”, Bs.As., La Ley 1981-B, p.283

O lo que es lo mismo, así como la imprevisibilidad es de carácter relativo, también lo es la inevitabilidad: lo que es inevitable para cierta persona, bajo ciertas circunstancias, puede no serlo para otra, en contexto diferente.

*“Como decíamos del carácter precedente (imprevisibilidad), también la inevitabilidad del hecho es una noción relativa, que depende de las condiciones personales del deudor: lo que es ineludible para éste puede no serlo para éste otro. Lo que importa es que tal deudor, sin culpa de su parte y enclavado en la circunstancia que le sea propia, haya sido impotente para evitar el hecho que obsta al cumplimiento de la obligación”.*⁹⁷

El obstáculo puede presentarse en forma definitiva o bien en forma temporal. Si el impedimento es definitivo, el deudor queda liberado. En el caso de que sea una imposibilidad transitoria, el deudor deberá cumplir igualmente, una vez que el escollo desaparece.

Claro que no responde por los daños y perjuicios, que ocasione el incumplimiento relativo.

Sobre la imposibilidad, anticipamos y volveremos más adelante, podemos distinguir la de hecho o material, la jurídica y la de carácter moral. La primera pertenece al mundo físico, y la segunda al sistema legal. En relación al *casus*, la distinción es irrelevante y –para algunos autores- no ofrece interés práctico. Ambos supuestos de imposibilidad, operan de

⁹⁷ Llambias.Jorge.J., “*Tratado de derecho civil*”. Obligaciones T 1 p.217.Bs.As.Ab. Perrot. 1978.

igual forma. Sobre el impedimento de causa moral, se ha considerado que se debe reconocer que el obstáculo puede responder a una causa moral, inherente al sujeto deudor.

La imposibilidad material o física es la que no se puede superar dentro del orden natural, y la moral es la superable en ese orden e insuperable en relación a las acciones humanas desde el punto de vista del bien y del mal.

El reconocimiento que la imposibilidad determinante del caso fortuito puede tener su origen en un hecho que no sea material, sino de orden moral, es – principalmente- obra de la jurisprudencia. Tal, el famoso supuesto en el cual los tribunales franceses consideraron la declaración de guerra de 1914, como hipótesis de imposibilidad moral de abrir los casinos, causa de caso fortuito.

La doctrina sostiene que la imposibilidad material tiene como condición de operatividad que impida el cumplimiento total de la obligación; debe ser absoluta.

En función de la relación del deudor con el objeto de la obligación, se considera *casus*, cuando si bien el contenido de la obligación es de cumplimiento materialmente posible, la imposibilidad deviene de razones morales.

En ciertos casos la situación personal del deudor debe considerarse como imposibilidad objetiva, en la medida en que cualquiera en esa circunstancia se vería impedido de cumplir, como ocurre en el caso de obligaciones *intuitu personae*

(el caso del pintor que debía hacer un retrato y le cortan las manos o queda ciego).

También, criterios actuales, y en especial en materia contractual, han considerado *casus*, al hecho, que si bien no impide el cumplimiento de la obligación derivada del contrato, lo torna gravoso de tal modo de romper el equilibrio del negocio. Lo trataremos más adelante.

d.Extraneidad.

La doctrina, en general, sostiene que para la consideración del caso fortuito como eximente de responsabilidad, se requiere, además de los caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad, la no-causalidad o no causación material del agente.

Más aun, se analiza que no es suficiente para que el *casus* opere como eximente que el agente no lo haya causado, sino que la causa del caso fortuito sea física y materialmente exterior a él.

Reflexionamos que encontramos quienes consideran la no causación y la causa extraña como conceptos idénticos, y aquéllos que las distinguen según la extraneidad o exterioridad del hecho con relación al sujeto.

En ese entendimiento, la no-causación es la ausencia de relación del *casus* con el accionar del sujeto, mientras que la

extraneidad, exige que el hecho reconozca una relación de causalidad con un hecho física y materialmente externo al sujeto, fuera de su medio de acción. La distinción de conceptos ha sido sostenida por las doctrinas dualistas del *casus*, a fin de restringir su operatividad.

Consideramos que -con relación a los conceptos de no causado y extraneidad- como significados distintos o idénticos, podemos observar casos fortuitos causados y casos fortuitos no causados por el deudor.

Ello nos lleva a concluir que la causa extraña (causa física y materialmente exterior) y la no-causación (no haber dado causa el sujeto) no es una nota distintiva del *casus*, sino un calificativo. Sin embargo, se ha sostenido que: “*no ser causado por quien lo invoca, es una condición ínsita en la naturaleza del caso fortuito*”.⁹⁸

En uno y otro caso, no se discute que la nota de no-causación o extraneidad, en sus dos entendimientos, es requisito para la operatividad del caso fortuito como eximente de responsabilidad.

El requisito de exterioridad del caso, implica que éste debe responder a una “causa extraña”, ajena a quien lo alega. Si la producción del suceso, se relaciona con la persona del deudor, habría culpa – o ausencia de culpa- y no caso fortuito.

⁹⁸ Peyrano Facio J.”*Responsabilidad extracontractual*” p.468, De Palma,Bs.As.,1954.

Se ha considerado que *“la relación ha de referirse a la actividad consciente del deudor, con exclusión de la actividad instintiva o fisiológica. Así, hay caso fortuito si el incumplimiento se debe a una enfermedad involuntariamente contraída por el deudor”*.⁹⁹

*“No hay caso fortuito si el hecho que obsta al cumplimiento se relaciona con la persona del deudor. No sería justo que éste pretendiera descargar sobre el acreedor las derivaciones de algo que le concierne.”*¹⁰⁰

El carácter de ajenidad está expreso en el art. 1147 del Código Francés: *“toda vez que no justifique que la inejecución proviene de una causa extraña que no pueda serle imputada”* el deudor responde. El Código Suizo de la Obligaciones legisla en el mismo sentido en los artículos 97 y 119.¹⁰¹

1.El caso fortuito como suceso ajeno a la esfera de control. El caso fortuito “interno” o “conexo”.

Se analiza, a partir de Exner y Josserand, que el hecho a calificar como eximente, debe ser exterior, ajeno a la actividad y medios del agente.

⁹⁹ Llambías, Jorge J.” *Código Civil Anotado*” T II A, pág.125.Bs.As. Ab.Perrot.P.183

¹⁰⁰ Llambías.Jorge.J. *“Tratado de derecho civil”* Obligaciones.T 1. P.217.Bs.As., Ab.Perrot,1978

¹⁰¹ Llambías.J.J. *“Tratado de derecho civil”*,Obligaciones 1, p.218, nota 129,Bs.As.,Ab. Perrot, 1978.

Exner sostiene que para constituir eximente de responsabilidad la fuerza mayor – que así distingue del caso fortuito- debe ser “*extraña al deudor y sus negocios*”.

En la obra de Exner, se ejemplifica como hechos no constitutivos de caso fortuito, por ausencia de este requisito, la huelga por reclamos a la empresa deudora, el desperfecto de una locomotora que descarrila o el incendio de una fábrica. En este último caso, si el incendio se produce en toda la manzana donde se encuentra la fábrica, y se origina fuera de ella, sería un hecho de fuerza mayor que exonera al deudor.

Este autor, que exige para la exoneración del deudor que el caso no sea inherente a la actividad del deudor, se refiere a los casos que operan en la actividad comercial y el transporte. Así, el caso que se ha originado dentro de la empresa, aunque no medie culpa, no libera al deudor.

Según esta concepción –denominada por algunos estudiosos del *casus* “teoría de la exterioridad”- el caso que se produce en la esfera de control del deudor, sea un hecho interno o bien conexo a dicha actividad, no lo libera.

En la doctrina francesa, Jean Carbonnier y los hermanos Mazeaud, se enrolan en la teoría de la exterioridad, destacando el requisito de la ajenidad y externalidad del hecho, para considerarlo *casus* eximente de responsabilidad del deudor.

“El hecho debe ser además, extraño al deudor, vale decir ha de producirse “en el exterior de la esfera de acción por la cual el deudor debe responder”¹⁰².

De tal modo, que la insuficiencia de las personas o cosas de que se sirva el deudor en el cumplimiento de la obligación, no puede ser invocada por éste como fuerza mayor en su incumplimiento.

Con relación al requisito de exterioridad la doctrina francesa considera en la responsabilidad a causa de las cosas, y la Corte de Casación exige, el requisito de que el acontecimiento sea exterior a la cosa. Y extienden la exigencia de externalidad, a la responsabilidad contractual.

La doctrina nacional, incorpora la exterioridad como requisito de la conformación del *casus*. Es en el ámbito de la responsabilidad objetiva por riesgo, donde este requisito del hecho se exige con mayor claridad, para otorgarle efectos liberatorios de la responsabilidad del deudor.

“El hecho debe ser ajeno a la actividad en compromiso. Este hecho que impide el cumplimiento no tiene que encontrar origen en la actividad propia del agente. El acontecimiento debe irrumpir desde fuera y no del interior de

¹⁰² Alterini A.A.-Lopez Cabana R.M. “Enciclopedia de la responsabilidad Civil” II C p.106, ed. Ab.Perrot bs.As.

*ella; constituyendo la cosa o la actividad meros instrumentos de una causa efficiens distinta.”*¹⁰³

El deudor debe responder por los hechos internos a su esfera de acción o de control, y sólo se exonera de responsabilidad por aquéllos casos que se produzcan en el exterior de dicha esfera.

Las V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (San Rafael, Mendoza, 1978) declararon en ese sentido que en los casos de responsabilidad objetiva el caso fortuito debe ser extraño a la cosa o a la actividad.¹⁰⁴

Este requisito así delineado, lo encontramos ligado a los supuestos de responsabilidad objetiva por el riesgo creado. (Art.1113 C.C.). En este ámbito el deudor responde por el *casus* interno, o interior que está o es propio de la cosa o actividad específica.

En el derrotero que delinea la doctrina francesa, para parte de la doctrina nacional actual, este requisito de exterioridad del *casus*, así concebido, sería de aplicación a todos los ámbitos de responsabilidad.

El Proyecto de reforma del Código Civil Argentino de 1993, contiene la regla: “ *Caso fortuito, fuerza mayor o*

¹⁰³ Bueres Alberto, Highton Elena.”*Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*”. 2A. p. 180. Bs.As., Ed. Hammurabi.

¹⁰⁴ Goldenberg, Isidoro H. “*La relación de causalidad en la responsabilidad civil*”, p. 195. Ed. Bs.As.,Astrea 1a. reimpresión.

causa ajena, es aquello que no ha podido preverse o que previsto, no ha podido evitarse". Aquí la extraneidad del *casus* se constituye en su propia definición, extendiendo, sin dejar espacio, a todos los ámbitos de la responsabilidad.

El Código Civil y Comercial de la Nación argentino, en la definición del art. 1730, no contiene expresamente el requisito de extraneidad.

En los casos particulares, señalamos que designa como eximentes, además del "*caso fortuito*" o "*fuerza mayor*", : la "*causa extraña*" (art. 792) , "*causa ajena*" (arts 781, 782,1090,1091,1273,1285,1306,1722,1735,1736,y 1785). "*causa "no imputable"*,(art. 1267 y 904), y el "*hecho del damnificado que interrumpe el nexo causal*". (art.1719)

e.Imposibilidad.

Desde un punto de vista semántico, imposibilidad significa "*falta de posibilidad para existir una cosa o para hacerla, e imposible se interpreta como no posible, pero, también como sumamente difícil*"¹⁰⁵.

La imposibilidad se manifiesta según la naturaleza de la prestación: si es de dar cosas ciertas, cuando la cosa ha perecido, no hay posibilidad cierta de encontrarla o ha sido puesta fuera del comercio; si se trata de una obligación de hacer,

¹⁰⁵ *Diccionario de la Real Academia*, 21. Ed. Citado en Mayo, Jorge A." *La imposibilidad de cumplimiento*" "Responsabilidad contractual-I" (17). p.42. Rubinzal-Culzoni.

intuitu personae, cuando se torna inepto el obligado. Se produce por diferentes hechos: de la naturaleza o humanos.

Podemos considerar el caso fortuito como un hecho complejo, compuesto de un elemento objetivo, la imposibilidad de cumplimiento, y un elemento subjetivo: la no imputabilidad.

Para la generalidad de la doctrina, es indiscutible la relación del *casus* con la imposibilidad de pago, siendo la segunda requisito del primero. Sin embargo, para parte de los autores, el caso fortuito y la imposibilidad de pago constituyen figuras distintas, sin que una sea requisito del otro.

En esa línea, sostienen que ambos institutos implican la idea de imposibilidad, en la acepción semántica señalada.

Pero le atribuyen a la imposibilidad, un contenido conceptual distinto, para la imposibilidad de pago, que para el *casus*.

Consideran que la imposibilidad de la imposibilidad de pago es intrínseca, considerada en relación a la prestación en sí, con indiferencia de toda causa generadora.

Mientras que la imposibilidad del caso fortuito es la extrínseca, respecto a la potencia de una causa para producir un resultado. Identifican la imposibilidad intrínseca con la imposibilidad sobreviniente, subsiguiente o sucesiva de la prestación. El instituto de la imposibilidad de pago intrínseca, es

el modo extintivo de la obligación del artículo 888 y siguientes del Código Civil y arts. 955 y 956 del C.C.C.

El *casus* debe constituir un obstáculo insuperable para el cumplimiento de la obligación. Opera sobre la relación causal entre el incumplimiento y el daño, rompiendo el nexo.

Mirando el fenómeno desde otra perspectiva, podemos afirmar que tal ruptura se produce, cuando el incumplimiento está en relación de causalidad con el caso fortuito. Para excluir la responsabilidad del deudor por su incumplimiento, éste debe estar en relación de causa y efecto con el hecho fortuito, siendo éste causa de aquél.

Se ha considerado que la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, devenida por caso fortuito, más que un requisito propio de su existencia, es un efecto de su acaecimiento.

Ya sea que consideremos la imposibilidad de cumplimiento como un elemento del *casus* o un efecto de éste, para que el evento tenga efectos liberatorios para el deudor, para la mayoría de la doctrina, es indispensable su ocurrencia.

La incidencia del caso fortuito en el incumplimiento de la obligación –en relación causal- se presenta con distintos efectos, según los cuales podemos distinguir diferentes especies de imposibilidad.

Ello interesa, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia, si bien mayoritaria en cuanto a considerar la

imposibilidad requisito –o efecto- imprescindible del *casus*, mantienen criterios disímiles sobre la especie de imposibilidad apta para liberar al deudor. Veremos cada una de ellas – que adelantamos en el apartado anterior- y algunas de las distintas opiniones y sus fundamentos.

El análisis de las distintas especies de incumplimiento y el establecimiento de categorías de incumplimiento, según sus características y circunstancias tiene interés en la repercusión de aquéllas en la responsabilidad – y su extensión- del deudor incumpliente.

Tiene trascendencia la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, basada en la diversidad de regímenes y funciones. En la primera, es necesaria la referencia a la obligación preexistente, mientras que en la segunda, la relación deviene ajena a un vínculo anterior.

Desde esta orientación, la responsabilidad por el incumplimiento contractual comprende la inexecución de toda obligación en general, cualquiera fuese su fuente, incluyendo las de origen contractual, las de fuente legal o cuasi contractual.

“Comparto la idea de Heck, según la cual toda obligación contiene en sí un programa de prestación, que tiene que realizarse, de lo que resulta que el cumplimiento es la realización del programa de prestación de la obligación”¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Mayo, Jorge A. “*La imposibilidad de cumplimiento*” “Responsabilidad contractual-I” (17). Pág. 36. Rubinzal-Culzoni.

Por ello, será incumplimiento, todo aquello que no consista en la realización de ese programa de prestación establecido en mismo vínculo obligacional. Y también por ello, puede ser: parcial, total, tardío o relativo, erróneo en relación al resultado previsto, o con vicios en el derecho transmitido o en la cosa entregada.

*“Reducida a sus términos esenciales, la cuestión fundamental de la responsabilidad por incumplimiento recae sobre la configuración de la prueba liberatoria a cargo del deudor, esto es que cosa debe probar el deudor incumplidor para sustraerse a la obligación de resarcimiento del daño que debe seguir a la frustrada ejecución de la prestación”.*¹⁰⁷ Que la imposibilidad devenida no le es imputable, por caso fortuito, como hecho complejo o causa del incumplimiento.

1. Imposibilidad objetiva e imposibilidad subjetiva.

La imposibilidad objetiva o material, se refiere al contenido intrínseco de la prestación, según consista en obligación de dar (la cosa), o de hacer o no hacer (sólo conducta) y no mira los aspectos subjetivos del deudor, que puedan interponerse en el cumplimiento obligacional.

La imposibilidad es objetiva cuando se refiere al contenido de la prestación, con abstracción de todo otro

¹⁰⁷ Mayo, Jorge A. “La imposibilidad de cumplimiento” “Responsabilidad contractual-I” (17). Pág. 37. Rubinzal-Culzoni.

elemento. Y es subjetiva, cuando se funda en condiciones particulares del deudor.

La requerida para el *casus* es la imposibilidad objetiva, que prescinde de la subjetividad del deudor.

Pero aun los que sostienen esta posición, admiten que cuando la subjetividad del deudor hace al objeto mismo de la obligación, el obstáculo insuperable debe considerarse fortuito. Es el ejemplo que planteamos, del pintor que compromete una obra de su arte, y pierde sus manos o quien debe protagonizar un programa cómico horas después de fallecer su padre.

Aquí, analizamos que la imposibilidad apta para configurar el caso fortuito, puede ser de índole moral, en aquéllos casos en que en el cumplimiento esté comprometida la subjetividad del actor.

Recordamos la distinción de la doctrina, sobre el concepto de imposibilidad, referida al caso fortuito, como extrínseca, referida a la potencia o impotencia de cumplir una obligación o evitar un daño, íntimamente relacionada con la previsibilidad.

2.Imposibilidad absoluta e imposibilidad relativa.

En relación con la clasificación anterior, la imposibilidad será considerada absoluta cuando afectaría a

cualquier deudor en la misma situación y, relativa cuando el impedimento esté circunscripto a la persona del deudor.

“En tal sentido decía Radouant...no basta que la imposibilidad exista respecto del presunto ofensor (o deudor) puesto que la fuerza mayor no resulta de la imposibilidad relativa, es decir, de aquélla personal a un deudor determinado; por el contrario, supone una imposibilidad absoluta, es decir, general, independiente de la personalidad del deudor y de sus medios de acción”¹⁰⁸.

Pero si bien la imposibilidad debe ser absoluta en ese sentido, ello no quiere decir que deba ser absolutamente imposible a las fuerzas o medios humanos, sino que lo sea para un hombre que en las mismas condiciones no hubiera resistido.

Es de considerar cual es el límite de esfuerzo que es dable exigir al deudor en el cumplimiento de la obligación, sin colisionar con el principio de buena fe y las buenas costumbres.

Dejamos a salvo que alguna doctrina ha sostenido que la imposibilidad debe ser absoluta, y no superable por la fuerza humana.

Y así expone Mayo: *“Por carácter absoluto de la imposibilidad (contrapuesto a la imposibilidad relativa) entiende Osti la intensidad de la misma; en forma que la imposibilidad absoluta es la que no puede ser vencida por fuerzas humanas, mientras que imposibilidad relativa es la constituida por una*

¹⁰⁸ . Peirano Fascio, Jorge. *“Responsabilidad Extracontractual”* Bs.As., Depalma 1954. p. 466.

*intensidad de esfuerzo debitorio superior a un cierto grado considerado como típico. Sin embargo Osti suaviza su postura cuando precisa que al impedimento que las fuerzas humanas no están en grado de superar debe equipararse aquél que no es susceptible de ser vencido sino con una actividad ilícita, o si no con el sacrificio de la integridad personal o de otro atributo de la personalidad del agente.*¹⁰⁹. Y en sus últimos aportes, se acerca a la postura de Betti, cuando reconoce que, aun debiendo ser la imposibilidad absoluta, debe considerarse la singularidad del tipo relación obligación de la cual la prestación forma su objeto”.

Según un criterio más amplio, podemos reformular el contenido de la “imposibilidad de la prestación”, incluyendo en la relación obligación, los medios o presupuestos tenidos en cuenta por las partes para el cumplimiento de la prestación. Esta postura, plantea definir el concepto de prestación, como : “*comportamiento que el deudor debe observar a los fines de procurar el bien debido al acreedor, con los medios previstos en el contenido de la regulación contractual, según la representación de las partes o una valoración según la normalidad medida de acuerdo a las circunstancias del contrato*”.¹¹⁰

“ *En síntesis, para Mengoni- y coincidimos con su enseñanza-la obligación no puede ser considerada en sí y por sí,*

¹⁰⁹ Mayo, Jorge A.” *La imposibilidad de cumplimiento*” “Responsabilidad contractual-I” (17). Pág 49. Rubinzal-Culzoni.

¹¹⁰ Mengoni, Luis, citado en Mayo, Jorge A.” *La imposibilidad de cumplimiento*” “Responsabilidad contractual-I” (17). p.51 y ss. Rubinzal-Culzoni.

*fuera de la regulación contractual en función de la cual se ha constituido, sino que se integra en el contenido vivo del contrato, del cual ha tenido origen y del cual sólo puede adquirir el propio real significado. Cabe, por ende, atender a “los medios previstos en la relación obligacional”, a los riesgos aceptados por el deudor y a los riesgos transferidos al acreedor, como también al principio de buena fe, que obsta a una pretensión abusiva”.*¹¹¹

Otra doctrina sugiere una tercera categoría que denomina “imposibilidad cuasi- absoluta” y así la define:

“Sabemos que la imposibilidad absoluta hace referencia a la incapacidad de materialización del objeto para cualquier sujeto de derecho. Mientras que la imposibilidad relativa, alude a la falta de existencia o realización del objeto por un supuesto exclusivo del agente obligado. Para nosotros existiría un estado intermedio al que hemos denominado imposibilidad cuasi-absoluta, para referirnos a los supuestos del negocio que es imposible de cumplir para un grupo importante de sujetos, pero que para otro tanto, no lo es.

Por ejemplo, en nuestro país es difícil hablar del cumplimiento de una prestación referida a otorgar un viaje interest espacial. Eso sería físicamente imposible para nosotros, pero podría no serlo para una realidad en donde estos viajes fuesen de regularidad continua.

¹¹¹ Mosset Iturraspe, Jorge; Piedecabras, Miguel A. “La extinción del contrato. Responsabilidad extracontractual derivada del contrato” . Responsabilidad Civil y Contratos. Rubinzal Culzoni. 2008, p.359

Esta propuesta tendría su asidero en que la imposibilidad física es relativa en el tiempo debido a los vertiginosos avances científicos hacen pronto posible lo imposible. Nosotros creemos que también la imposibilidad física es relativa en lo que refiere a espacio o lugar”¹¹².

La distinción entre imposibilidad absoluta y relativa, pierde relevancia en el derecho francés; a su vez la imposibilidad de cumplimiento como medio de extinción de la obligación, adquiere precisión, reduciéndola a una clase determinada de prestación, como medio de extinción de la obligación.

El Código Civil francés regula este instituto en sólo dos artículos que establecen que la obligación se extingue cuando sin culpa del deudor se pierde un cuerpo cierto y determinado. Contempla la imposibilidad de cumplir sólo para las obligaciones de dar cosa cierta.

El Código Civil español, como el de Vélez, en el título “*pérdida de la cosa debida*” contempla también todos los supuestos de pérdida del objeto ya sea en obligaciones de dar o hacer (arts. 1182 a 1186).

Los arts. 955 y 956 del C.C.C. , denotan el carácter de “absoluta” la imposibilidad producida por caso fortuito o fuerza mayor, para operar como medio extintivo de la obligación.

¹¹² Tantalean Odear R.M. “ *La invalidez del acto o negocio jurídico por la imposibilidad del objeto*”
www.derechocambiosocial.com

Queda aclarado que alguna doctrina denomina imposibilidad absoluta o relativa, según el obstáculo impida totalmente el cumplimiento debido (absoluta) o sólo parcialmente. (relativa). Preferimos adoptar la calificación de imposibilidad total e imposibilidad parcial, sobre la que volveremos más adelante.

3.Imposibilidad física e imposibilidad jurídica.

Adelantamos la distinción sobre el modo de ser imposible un objeto, en: de carácter físico, jurídico y moral.

Podemos emprender la clasificación de las distintas especies de imposibilidad, como no coexistencia de dos objetos, distinguiendo la repugnancia entre ambos de condición metafísica, física y moral. La primera, corresponde a la imposibilidad absoluta, la segunda la del mundo material y la tercera, u ordinaria, es la oposición al curso regular u ordinario de los sucesos. También veremos que puede suscitarse una cuarta categoría que se ha dado en llamar “de sentido común”

“La palabra imposibilidad, aunque suena como negativa, expresa, no obstante, muchas veces una idea que a nuestro entendimiento se le presenta como positiva; esto es, la repugnancia entre dos objetos, una especie de exclusión, de oposición, de lucha, por decirlo así; por manera que, en desapareciendo esta repugnancia, concebimos ya la posibilidad.

*De aquí nacen las expresiones de «esto es muy posible, pues nada se opone a ello»; «es posible, pues no se ve ninguna repugnancia». Como quiera, en sabiendo lo que es imposibilidad se sabe lo que es la posibilidad, y viceversa. Algunos distinguen tres clases de imposibilidad: metafísica, física y moral. Yo adoptaré esta división, pero añadiendo un miembro, que será la imposibilidad de sentido común”.*¹¹³

*“La imposibilidad metafísica o absoluta se justifica en la esencia, o en otros términos, es esencia misma de las cosas: un objeto es de existencia imposible si lo contrario, traería el absurdo de que una cosa sería y no sería a un mismo tiempo. “Un círculo triangular es un imposible absoluto, porque fuera círculo y no círculo, triángulo y no triángulo. Cinco igual a siete es imposible absoluto, porque es cinco sería cinco y no cinco y el siete sería siete y no siete”.*¹¹⁴

Es la imposibilidad en términos lógicos: “a” no puede ser al mismo tiempo “a” y “no-a”.

La imposibilidad física o material se relaciona por la oposición de la existencia del objeto en el mundo natural.

“La imposibilidad física o natural consiste en que un hecho esté fuera de las leyes de la Naturaleza. Es naturalmente imposible que una piedra soltada en el aire no caiga al suelo, que el agua abandonada a sí misma no se ponga al nivel, que un cuerpo sumergido en un fluido de menor gravedad no se hunda,

¹¹³ . Balmes,Jaime. “*El Criterio*” pág.22, ed.Alba, 1996, Madrid.España.

¹¹⁴ . Balmes,Jaime. “*El Criterio*” págs. 23 y ss. Ed. Alba,1996,Madrid.España.

*que los astros se paren en su carrera porque las leyes de la Naturaleza prescriben lo contrario”.*¹¹⁵

En este ámbito de la naturaleza, es menor la certeza de que un objeto es imposible, pues lo que es imposible, mañana puede ser posible.

*“...pero guardémonos de calificar de naturalmente imposible lo que un descubrimiento pudiera mostrar muy realizable; no demos livianamente fe a exageradas esperanzas de cambios inconcebibles, pero no las tachemos de delirios y absurdos.”*¹¹⁶

Según este autor, la imposibilidad moral u ordinaria es la oposición al curso regular u ordinario de los sucesos.

Vemos a cada paso que la imposibilidad moral desaparece con el auxilio de una causa extraordinaria o imprevista, que tuerce el curso de los acontecimientos.

“Un capitán que acaudilla un puñado de soldados viene de lejanas tierras, aborda a playas desconocidas y se encuentra con un inmenso continente poblado de millones de habitantes. Pega fuego a sus naves y dice: marchemos. ¿Adónde va? A conquistar vastos reinos con algunos centenares de hombres. Esto es imposible; el aventurero ¿está demente? Dejadle, que su demencia es la demencia del heroísmo y del genio; la imposibilidad se convertirá en suceso histórico. Apellídase Hernán Cortés; el español que acaudilla españoles.”

117

¹¹⁵ . Balmes,Jaime. “*El Criterio*” págs.25 y ss. Ed.Alba.1996,Madrid.España.

¹¹⁶ . Balmes,Jaime. “*El Criterio*” Págs. 23 y ss., ed.Alba, 1996, Madrid.España.

¹¹⁷ . Balmes,Jaime. “*El Criterio*” pág. 29, ed.Alba.1996,Madrid.España.

Y por último, el autor considera la imposibilidad de sentido común, que aquella que se presenta como contraria al curso regular u ordinario de las cosas –imposibilidad moral- pero se caracteriza además por la improbabilidad de su posibilidad.

“La teoría de las probabilidades, auxiliada por la de las combinaciones pone de manifiesto esta imposibilidad, calculando, por decirlo así, la inmensa distancia en que este fenómeno se halla con respecto a la existencia”.¹¹⁸

En resumen, de la clasificación reseñada, resultan las siguientes categorías de imposibilidad: física que se presenta como la absoluta repugnancia que hay para existir o verificarse una cosa en el orden natural; metafísica: la que implica contradicción, como que una cosa sea y no sea a un mismo tiempo y moral que se manifiesta como la inverosimilitud de que pueda ser o suceder una cosa; contradicción evidente entre aquello de que se trata y las leyes de la moral.

La imposibilidad jurídica evoca el obstáculo de derecho que torna imposible el cumplimiento. Deviene de circunstancias de derecho y se impone por decisión del ordenamiento jurídico. Son las reglas de derecho las que tornan inverosímil la factibilidad del objeto. Podríamos considerarla emparentada o comprendido en la imposibilidad moral, como la derivada del sentido común.

¹¹⁸ . Balmes, Jaime. “*El Criterio*” .pág.31, ed. Alba , 1996, Madrid.España.

La distinción entre el impedimento de mero hecho y el de carácter jurídico, se ha sostenido que no ofrece interés práctico apreciable.

4.Imposibilidad total e imposibilidad parcial.

La imposibilidad puede afectar la posibilidad de cumplir en todo el contenido de la obligación o sólo en parcialmente. En el primer caso, se trata de una imposibilidad total y, en el segundo de imposibilidad parcial.

En este último supuesto, con la conformidad del acreedor, se deberá cumplir la porción que resta posible de cumplimiento.

5.Imposibilidad definitiva e imposibilidad temporal.

Se sostiene que la imposibilidad de cumplimiento derivada del *casus*, debe ser definitiva, para liberar al deudor; si el obstáculo insalvable es sólo temporario, destinado a cesar con el transcurso del tiempo, no libera al obligado al pago. Pero queda éste exonerado de resarcir el daño moratorio.

Sin embargo, el impedimento temporal puede asimilarse al definitivo, en el supuesto de que el cumplimiento tardío de la obligación carezca de suficiente interés para el

acreedor, o el deudor no pueda ser obligado sin límite de tiempo. Como en el supuesto de obligaciones en que el plazo es esencial.

El Código Civil Italiano, en ese sentido, dispone: *“Si la imposibilidad es sólo temporal, el deudor mientras la misma perdura, no es responsable del retardo en el cumplimiento. Sin embargo, la obligación se extingue si la imposibilidad perdura hasta el momento en que, en relación al título de la obligación o a la naturaleza del objeto, el deudor no pueda ya ser considerado obligado a ejecutar la prestación o bien el acreedor no tiene ya interés en conseguirlo”*.(art. 1256 Código Civil Italiano de 1942).

6. Especial referencia a la distinción entre imposibilidad originaria e imposibilidad sobrevenida.

La imposibilidad de cumplimiento de la obligación, de su ejecución es originaria cuando existe desde o antes del nacimiento de la obligación. Cuando se produce con posterioridad, sobreviene al origen de la deuda.

La distinción interesa en la obligaciones de fuente contractual, pues en éste ámbito si la imposibilidad de ejecución de la prestación es originaria, no hay obligación por falta o imposibilidad de su objeto. Por ello, la doctrina ha considerado que es en la relación obligacional de origen contractual donde se exige el carácter de sobreviniente de la imposibilidad de cumplimiento, para la incidencia del caso fortuito.

Para algunos autores, es el carácter sobreviniente de la imposibilidad lo que caracteriza ese modo de extinción de la obligación. (arts. 724 y 888 del C. Civil y arts. 955 y 956 C.C.C.). Porque si fuera originaria, la relación no habría nacido por falta de objeto u objeto imposible. (art. 953 C. Civil. y art.725 C.C.C.).

En cambio en el caso fortuito, la imposibilidad de cumplimiento prescindiría del carácter originario o subsiguiente del obstáculo, para enfocarse en la relación de impotencia del deudor para cumplir, en relación causal con el hecho, imprevisible e inevitable. Pero es claro que en el ámbito de las obligaciones de origen contractual, el requisito de posibilidad del objeto, hace a la existencia misma del deber de cumplir.

La extinción de la obligación por imposibilidad sobreviniente de la prestación, encuentra su fundamento, en que para la existencia de un deber jurídico es necesario que sea posible.

En el supuesto del *casus* la imposibilidad atiende a la previsibilidad humana, para la exoneración de la consecuencias del incumplimiento.

Con esta distinción, los requisitos de cada instituto – imposibilidad sobrevinida y caso fortuito- se distinguen en cuanto para que exista la imposibilidad sobrevinida (art. 888 del Código Civil y arts. 955 y 956 C.C.C.) que extingue la obligación, debe ser absoluta y definitiva o de duración

imprevisible. No basta la dificultad para cumplir. (*dificultas praestandi*).

Para la configuración del caso fortuito, en cambio, cabe merituar la imposibilidad de acuerdo a la previsibilidad y evitabilidad. Si el obstáculo que impide el cumplimiento de la prestación, ya existía al constituirse la obligación y el deudor no lo sabía, la obligación no ha llegado a formarse. Si el deudor lo conocía, e igualmente se obligó hay culpa de su parte, lo que le impide alegar el caso fortuito.

*“Es dable pensar que quien se obliga pese a conocer el impedimento que obsta a la satisfacción de la prestación prometida, especula con la cesación ulterior del obstáculo conocido y asume tácitamente el riesgo de que subsista el impedimento al tiempo de cumplirse la obligación; hay ahí un pacto tácito de asunción del caso fortuito que...excluye la posibilidad de alegar el “casus” como eximente de responsabilidad”.*¹¹⁹

Los contratos por los cuales el contratante se obligue a entregar cosas inexistentes como existentes, son nulos, y el que se obliga, debe indemnizar el daño causado al co-contratante. (Art. 1172 Cód. Civil).

Pero si el contrato versa sobre la promesa de entregar una cosa inexistente pero futura, *“la promesa de entregarlas está subordinada al hecho, si llegara a existir”*... *“salvo que el contrato sea aleatorio* (art. 2051 Cód. Civil). (art. 1173 Código

¹¹⁹ Llambias.J.J. *“Tratado de derecho civil”* Obligaciones, T. 1 p.219, Bs.As. Ab. Perrot. 1978.

Civil). En el art. 1007 del C.C.C., se establece que *“la promesa de transmitirlos está subordinada a la condición de que lleguen a existir, excepto que el contrato sea aleatorio (art. 968 C. C.C.)*.

En este supuesto, la obligación es de objeto inexistente –imposible de cumplir con la prestación- al tiempo de su creación, pero susceptible de existir- futura- al tiempo de su cumplimiento. Y el deudor se obliga a entregarla sólo si llega a existir. La obligación queda supeditada en forma condicional a que la cosa llegue a existir.

En el supuesto de contrato aleatorio por venta de cosa futura, y el comprador asume el riesgo de que no llegue a existir, si así sucediere, igual debe todo el precio al vendedor. Pero si el comprador lo asumiere en cierta cantidad, si llegare a existir en una menor, igual debe todo el precio, y si no llegare a existir en ninguna cantidad, no habrá venta por falta de objeto.

El art. 2051 del Código Civil define los contratos aleatorios: *“Los contratos serán aleatorios cuando sus ventajas y pérdidas para ambas partes, o solamente una de ellas, dependan de un acontecimiento incierto”*. (Libro 2º Sección 3º, Título 11 C.Civ.).

El Código Civil, a los contratos aleatorios por venta de cosa futura los regula en el capítulo 4, título 3º, Sección 3º, Libro 2º C. Civ., con *“las cláusulas especiales que pueden ser agregadas al contrato de compraventa”*, en los artículos 1404 y 1405.

El primero dice: “ *si la venta fuera aleatoria por haberse vendido cosas futuras tomando el comprador el riesgo de que no llegare a existir, el vendedor tendrá derecho a todo el precio aunque la cosa no llegue a existir si de su parte no hubo culpa*”.

El segundo: “*si la venta fuese aleatoria por haberse vendido cosas futuras, tomando el comprador el riesgo de que no llegasen a existir, en cualquier cantidad, el vendedor tendrá derecho también a todo el precio, aunque la cosa llegue a existir en una cantidad inferior a la esperada; más si la cosa no llegara a existir, no habrá venta por falta de objeto, y el vendedor restituirá el precio, si lo hubiese recibido*”.

El Código Civil y Comercial de la Nación, reglamenta la venta de cosa futura en el art. 1131, legislando “*que se entiende sujeta a condición suspensiva de que la cosa llegue a existir*”, y “*el comprador puede asumir por cláusula expresa el riesgo de que la cosa no llegue a existir sin culpa del vendedor*”.

La venta condicional “*se reputa hecha bajo condición resolutoria, si antes del cumplimiento de la condición el vendedor hace tradición de la cosa al comprador*”. (art.1168 CCC).

Podemos considerar que la inexistencia de la cosa como imposibilidad de cumplimiento, contemporánea al tiempo de contratar, no puede operar como *casus liberatorio*, porque o bien el deudor no la conocía y la obligación no se formó o la

conocía y actuó con culpa; son casos especiales los contratos sobre cosas inexistentes, de cosas futuras no aleatorios y contratos aleatorios por venta cosa futura.

En el supuesto de contrato que tenga por objeto la entrega de cosa inexistente (art. 1172 Cód. Civil), cosa que aún no existe o ha dejado de existir, el deudor debe indemnizar. Pero por aplicación del régimen de los contratos de cosa futura (que aún no existe) el deber de indemnizar del deudor, queda excluido si sólo promete entregarlos si llegaren a existir, (contrato condicional, art.1173 C. Civil y art. 1007 del C.C.C.), o si la venta es aleatoria. (arts. 2051,1404 y 1405 Cód. Civil y arts.1007 y 967 del C.C.C.)).

En este sistema de contratos de cosas inexistentes por futuras al momento de nacimiento del contrato, que no lleguen a existir libera al deudor (o impide la formación del contrato en el caso del art. 1405 Cód. Civil), si no le es imputable.

Los supuestos de inimputabilidad que liberan al deudor de cosa futura, son ausencia de actividad voluntaria (imputabilidad de primer grado), y de culpabilidad (imputabilidad de segundo grado) y el caso fortuito o fuerza mayor.

Consideramos que la imposibilidad por caso fortuito debe ser siempre sobreviniente en materia contractual para eximir al deudor de las consecuencias del incumplimiento. Que en los supuestos de contratos que tuvieren por objeto cosas

inexistentes como tales, bajo la condición de que lleguen a existir o futuras con asunción del riesgo de que lleguen a existir, el *casus* junto con la ausencia de culpa del deudor, opera en el hecho de la esperable existencia de la cosa objeto del contrato, para eximir de la entrega de la cosa prometida.

“Queda pues destacado como un carácter específico del hecho alegable como caso fortuito, que sea sobreviniente a la constitución de la obligación”.¹²⁰

Acotando que el *casus* puede tener operatividad liberatoria en los supuestos de contratos condicionales, supeditados a que el objeto llegue a existir, y en los contratos aleatorios por venta de cosa futura.

En el Proyecto de reforma del Código de Civil de 2012, hoy Código Civil y Comercial de la Nación, por ley 26.994 leemos, sobre la extinción de la obligación por imposibilidad de cumplimiento, que expresamente requiere la sobreviniencia:

“Artículo 955.- Definición. La imposibilidad sobrevinida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados.

¹²⁰ Llambías J.J. *“Tratado de derecho civil”* Obligaciones, T. 1 p.220. Bs.As., Ab. Perrot .1978.

Artículo 956.- Imposibilidad temporaria. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible.”

Comentamos que adopta la postura que considera la extinción de la obligación por imposibilidad de la prestación, en el primer párrafo; en el segundo parece compartir el criterio de que la imposibilidad de la prestación no extingue la obligación, sino que muda de objeto: el pago de la indemnización o cumplimiento por equivalente (pago).

7. Imposibilidad y pérdida de la cosa.

La pérdida subsiguiente de la cosa que se debe dar en pago, tiene efectos extintivos de la obligación, en caso de que se trate de una cosa cierta. La pérdida o destrucción de la cosa, con posterioridad al nacimiento de la obligación, en este caso, constituye la imposibilidad de pago intrínseca, sobreviniente. La responsabilidad del deudor dependerá de su imputabilidad o no. Pensamos que el deber de prestación, se extingue, con independencia de la causa que la produjo. Si lo fue sin culpa del deudor, éste queda liberado de responsabilidad.

“La obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor”, (art.888 C. Civil).

“Si la prestación se hace imposible por culpa del deudor, o si éste se hubiese hecho responsable de los casos fortuitos o de fuerza mayor, sea en virtud de una cláusula que lo cargue con los peligros que por ellos vengan, o sea por haberse constituido en mora, la obligación primitiva, sea de dar o hacer, se convierte en la de pagar daños e intereses” (art.889 C. Civil).

En la concepción de la relación obligacional sostenida por el codificador, la obligación cuyo objeto se ha perdido o destruido, subsiste, sólo cambia el objeto por la indemnización de daños, siendo la misma obligación inicial con distinto objeto, cuando sucede por culpa del deudor, o éste asumió el *casus* o es moroso (ídem art.955 C.C.C.).Y la misma obligación se extingue, cuando la prestación viene a ser imposible sin culpa.

No desconocemos la coherencia de la posición de parte de la doctrina, que sostiene que la obligación resarcitoria, es una nueva obligación, nacida por novación (o conversión) de la incumplida. Parece lógico que la imposibilidad de la prestación sobreviniente, produzca la extinción de la obligación en cualquier caso; y que la culpa en la extinción, obligue a indemnizar.

8. La determinación de la cosa: noción de imposibilidad.

Interesa determinar la relación existente entre los diferentes tipos de obligaciones según su objeto y mayor o menor determinación, y su imposibilidad de cumplimiento.

En la obligación cuyo objeto consiste en la entrega de un cosa determinada (para transferir el dominio o para restituirla a su dueño), es la existencia de la cosa la que pesa con más intensidad en la posibilidad de cumplimiento.

Es la imposibilidad de pago que recepta el *Code* en sus artículos 1302 y 1303: *“Lorsque le corp certain est déterminé qui était l’ objet de l’ obligation, vient a périr, est mis hors du commerce ou se perd de manière qu’ on en ignore absolument l’ existence l’ obligation est eteinte si la chose a été péri ou a été perdu”*

En las obligaciones de dar cantidades de cosas, genéricas, ya sea que estén en poder del deudor o deba obtenerlas, el análisis de la imposibilidad de cumplimiento se desplaza a la conducta del deudor. En las obligaciones de dar sumas de dinero, prevalece en relación a considerar la imposibilidad de cumplimiento, el comportamiento del deudor.

Cuando el objeto de la obligación es una conducta o una abstención (obligaciones de hacer o de no hacer), es sobre el sujeto en el que con más peso, se va a medir el incumplimiento.

En todos los casos, debe considerarse la posibilidad de que el acreedor obtenga la satisfacción de su crédito por un tercero, lo que – en general- quita protagonismo al

comportamiento del deudor en el análisis de la imposibilidad de cumplimiento.

En cambio, en las obligaciones *intuitio personae*, encuentra relevancia el deudor, para determinar la posibilidad de cumplimiento de la obligación.

Consideramos que es en el supuesto de las obligaciones de dar cosa cierta, determinada, en el que la imposibilidad de cumplimiento, que exonera al deudor, se juzga absoluta y objetiva. (art.1218, Cód. Civil Italiano de 1942).

En las restantes clases de obligaciones según la prestación debida, la imposibilidad de cumplimiento que libera al deudor, puede analizarse bajo el principio de la culpa.

A mayor determinación del objeto de la obligación, menor relevancia importa el comportamiento del deudor para la imposibilidad de cumplimiento de la prestación. En tal relación, que a mayor indeterminación del objeto, mayor incidencia en la imposibilidad de cumplimiento obtiene la conducta del deudor.

Claro que en las obligaciones *intuitio personae* la conducta del deudor, que es el objeto de la obligación, al ser personalísima, es de mayor determinación, al unirse entrañablemente el cumplimiento con la persona del deudor, la relación entre determinación del objeto e imposibilidad de cumplimiento se invierte.

En la obligación de dar cosa cierta, se exige la imposibilidad – un obstáculo insalvable que impide cumplir- de

naturaleza absoluta y objetiva; el impedimento consiste en la inexistencia de la cosa o su desaparición, o ha sido puesta fuera del comercio, porque de otro modo puede cumplirse. Más adelante volveremos sobre la incidencia de la *dificultas praestandi*.

En las obligaciones de género o de dar cantidades de cosas o sumas de dinero, el cumplimiento se torna imposible, en relación a la conducta del deudor. “*Antes de la individualización de la cosa el caso fortuito no libera al deudor*”. (art. 763 C.C.C.).

Podemos aventurar que si del comportamiento del deudor, deviene la imposibilidad de cumplimiento,- no ya de la viabilidad de la cosa- la liberación por incumplimiento no podrá aislarse del principio de culpa. Vale la conclusión para el análisis de la imposibilidad de cumplir las obligaciones *intuitu personae* en las que el impedimento para cumplir, se encuentra circunscripto al sujeto de la obligación.

Acotamos que en la doctrina italiana, Giorgianni, según el papel que asume el comportamiento del deudor, en las diferentes obligaciones por su objeto, concluye que el art. 1218 del Código Civil italiano de 1942, se aplica a la regulación de las obligaciones en que la prestación se ha tornado imposible por culpa del deudor. En todas las otras hipótesis, sostiene el autor que es de aplicación el art. 1176 del mismo Código, que dice: “*Al cumplir la obligación el deudor debe usar la diligencia de un buen padre de familia. En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia*

debe valorarse en relación a la naturaleza de la actividad ejercitada". (art.1176 citado: "*Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia (Cod. Civ. 703, 1001, 1228, 1587, 1710-2, 1768, 2148, 2167).Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata*" (Cod. Civ. 1838 e seguente, 2104-1, 2174-2, 2236).

El citado artículo 1218, decreta que el deudor que no cumple, deberá resarcir el daño causado si no prueba que el incumplimiento o retardo en el cumplimiento de la obligación, ha sido determinado por la imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable al deudor. Art. 1218: "*Responsabilità del debitore :Il debitore che non esegue esattamente (1307, 1453) la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno (2740), se non prova (1673, 1681, 1693, 1784, 1787, 1805-2, 1821) che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*" (1256; att. 160).

9. Imposibilidad y buena fe: doctrina de la exigibilidad.

Hemos dado el contenido de la imposibilidad de cumplimiento, que puede o no liberar al deudor, según se produzca y sus clases y sus categorías.

La relación del instituto en análisis con el principio de buena fe, pivote de las relaciones obligacionales, se desenvuelve en el derrotero del plan prestacional, e interesa para la evaluación e interpretación de la conducta de acreedor y deudor.

Consideramos, con el jurista uruguayo, Gamarra, que la responsabilidad contractual –ámbito específico de incidencia del principio de buena fe- existe siempre que se incumpla una obligación derivada de un contrato, pero también cuando se lo haga de una obligación legal o cuasi-contractual.¹²¹

La buena fe se define como un comportamiento probo, honorable, diligente, adecuado, conforme a derecho y, también, como la creencia de que lo es. *“Significa que el hombre cree y confía”*.¹²²

*“En el sistema rige con mucha intensidad la regla de la buena fe; se distingue la buena fe subjetiva (buena fe-creencia), y la buena fe objetiva (buena fe- probidad o buena fe-confianza). La buena fe subjetiva (creencia) consiste en la impecable conciencia de estar obrando conforme a derecho... La buena fe objetiva implica una regla de conducta de probidad , que genera en los demás confianza en que será acatada.”*¹²³

¹²¹ Gamarra. *“Tratado de Derecho Civil uruguayo.T XX, Responsabilidad civil extracontractual.* Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay, 1988.p.39.

¹²² Sentencia T/.956.Corte Constitucional de Colombia. www.corteconstitucional.gov.co/relatoria

¹²³ Alterini A.A. *“Contratos.civiles-comerciales.de consume”* Teoría general.p.33.Ab.Perrot, 1999.

9.1. Consideraciones en torno al principio de buena fe: especial referencia a su función en la integración de la relación obligatoria.

Destacamos el concepto del principio de buena fe, en especial en su incidencia en la relación obligacional, con la amplitud de su ámbito diseñada por Gamarra, a la que antes nos referimos. Creemos que el principio de la buena fe opera en dos sentidos: como creador de obligaciones secundarias en el plan prestacional, es decir ampliando de algún modo el objeto de la obligación, y a su vez limitándolo en tanto su realización comprometa el contenido expuesto de la buena fe.

Dice Diez Picazo: *“La buena fe, en el sentido que aquí importa, es la lealtad en el tratar, el proceder honrado y leal. Supone el guardar la fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza, ni abusar de ella; supone un conducirse como cabe esperar de cuantos, con pensamiento honrado, intervienen en el tráfico como contratantes. Lo que se aspira a conseguir, se ha dicho, es que el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, se produzca conforme a una serie que la conciencia jurídica considera necesarios, aunque no hayan sido formulados.”*¹²⁴

¹²⁴ L. Díez-Picazo, *“La doctrina de los propios actos”*, Barcelona, España, Eds. Aries, 1963, p. 157.

*La buena fe crea deberes especiales de conducta “exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella”.*¹²⁵

La buena fe en las relaciones jurídicas, tiene función jurígena, completa los deberes de los vinculados, en aquello que la buena fe impone, y no lo hace el vínculo establecido. Entendemos que en virtud de este principio la relación obligacional se integra con los corolarios que de él derivan, incorporándose de modo implícito en la relación.

En el Código Civil de Puerto Rico, el art. 1210, regula cómo se perfeccionan los contratos. (31 L.P.R.A. sec. 3375):

“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.”

La doctrina portorriqueña en torno a este artículo resuelve en autos *“Utility Consulting Services v. Municipio de San Juan”*, 115 D.P.R. 88 (1984):

“Hay facultad en los tribunales para atemperar la irracionalidad de la causa cuando ésta hiere el principio de la reciprocidad de las prestaciones y la norma de buena fe del citado art. 1210. Atenta nuestra legislación civil al problema de la autonomía de la voluntad, que requiere el cumplimiento de lo

¹²⁵L. Díez-Picazo, prólogo en F. Wiececker, *“El principio general de la buena fe”*, Madrid, España, Ed. Civitas, 1983, p.19.

*pactado en los propios términos convenidos, admite, sin embargo, ciertas restricciones por razón de la buena fe que preside la contratación –arts. 1.258 del C. C. y 57 del de Comercio– y más concretamente, por razón del elemento de justicia objetiva implícito en la exigencia de causa en los contratos, referida esencialmente en los onerosos a la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones, pronunciándose nuestra moderna legislación con caracteres más acusados de posibilidad de moderación de lo convenido, siendo preciso reconocer la facultad judicial de modificar el contrato, si bien solo con gran cautela y notoria justificación se podrá hacer uso de la citada facultad modificadora.” (S. de 13 de junio de 1944.)*¹²⁶

La doctrina portorriqueña, admite sin desvelos la facultad de los jueces de modificar el contrato en aquello que arrase con el principio de la buena fe, reconociendo el carácter de “*verdadera piedra angular de la doctrina general de los contratos*”.¹²⁷

Y comenzamos a vislumbrar la otra cara operativa del principio: la que funciona como valladar de la exigibilidad del cumplimiento debido, cuando para ello es imprescindible la conculcación de las reglas de la buena fe.

En esta faz, el principio de la buena fe, funciona como límite a la exigibilidad de la prestación, y es aquí donde se

¹²⁶ F. Bonet Ramón, “*Código Civil Comentado*”, Madrid, España, Ed. Aguilar, 1962, pág. 959. (PopIuris, Internet “*Definición de la buena fe*”) www.popiuris.com/biblioteca/utility-consulting-service-v-municipio-de-sa-juan-115-88-1984

¹²⁷ F. Bonet Ramón, “*Código Civil Comentado*”, Madrid, España, Ed. Aguilar, 1962, pág. 959. (PopIuris, Internet “*Definición de la buena fe*”) www.popiuris.com/biblioteca/utility-consulting-service-v-municipio-de-sa-juan-115-88-1984

enlaza con el análisis de la imposibilidad del cumplimiento de la obligación. Consideramos, como corolario de lo expuesto, que si el cumplimiento de la obligación, requiere de la realización de una conducta violatoria del principio de la buena fe, no sería exigible la prestación y en consecuencia su incumplimiento no acarrearía consecuencias al deudor.

Dice Ghersi que *“la buena fe se halla expandida por todo el ordenamiento jurídico como un principio no concreto que lo complementa, haciendo a las normas más flexibles y corrigiéndolas de un resultado que, de no aplicarse el principio, sería contrario a la equidad.”* Tiene una función integradora que procura el alcance del interés por parte del acreedor, la cual es realizada por los jueces cuando interpretan el contrato.”¹²⁸

f.Actualidad.

1.Sobreviniencia y actualidad: caracteres del caso en el orden contractual.

El requisito de sobreviniencia, consiste en un impedimento que obstaculiza el cumplimiento de la prestación que debe ser posterior al nacimiento de la obligación.

El de actualidad, significa que la prestación ha de ser de imposible cumplimiento al tiempo que se deba cumplir.

¹²⁸ Ghersi, Carlos A. *“Contratos Civiles y comerciales”*. T 1 .Pág.. 51.ed. 3ª ed.Bs.As., Astrea.1994.

Podemos dividir la doctrina entre los que consideran que la sobreviniencia y la actualidad constituyen caracteres del caso fortuito en el ámbito contractual y quienes argumentan que no son requisitos del *casus*.

Quienes niegan el postulado, sostienen que la imposibilidad sobrevenida de la prestación no es un requisito del caso fortuito, porque no sólo ella es lo “casual”, sino que comparten la condición el incumplimiento de la prestación y la excesiva onerosidad sobreviniente, y – a contrario- porque el incumplimiento puede también derivar de la culpa del deudor.

“Nosotros entendemos que la “imposibilidad de pago” y el casus son dos figuras distintas con fundamentos, requisitos y efectos propios, y que cada una de ellas no es en rigor requisito de la otra”.¹²⁹ Según esta posición la sobreviniencia y la actualidad no son requisitos del caso fortuito, sino de la imposibilidad de pago.

La doctrina, en general, considera que la imposibilidad de cumplimiento, es característica del caso fortuito.

Ya sea que se considere la imposibilidad como un elemento de la complejidad del caso fortuito o bien se la entienda como un efecto del *casus*, pero siempre de ocurrencia imprescindible para la configuración del mismo.

Veremos más adelante, que alteraciones de la obligación, podría significar el contenido de la expresión “incumplimiento de la prestación”.

¹²⁹ Gianfelice M. “Caso fortuito y caso de fuerza mayor”, pág. 88.Bs.As, Ab Perrot.1995.

Si se admite la imposibilidad como elemento del caso fortuito, se deriva en forma relevante en el ámbito contractual, que debe ser necesariamente sobreviniente pues de lo contrario, si la imposibilidad de cumplimiento de la prestación está presente en la génesis de la obligación, esta no habría nacido por falta de objeto. (art.953 C. Civil).

En la órbita de los contratos, debemos considerar que si la imposibilidad de cumplimiento de la obligación estaba en su origen, y el contratante lo conocía, estamos frente a un comportamiento culpable.

Esta conducta permite aventurar dos criterios y un mismo resultado: que si bien no produce el nacimiento de la obligación objeto del contrato por falta de objeto de la obligación, da origen a la obligación de indemnizar lo producido por culpa o que como no puede alegar el caso fortuito, devenida imposible la prestación, debe el pago por sustitución. Y es donde queda por aventurar que, en el primer caso la obligación de indemnizar es de origen extracontractual- el contrato no nació- y, de adoptar la segunda, sería contractual.

Del requisito de actualidad del caso fortuito, se deriva que el impedimento de carácter eventual o la mera expectativa de que se produzca, no exime de responsabilidad.

La incidencia del caso fortuito en la imposibilidad de cumplir debe ser actual, siendo, entonces, irrelevantes para la exoneración del deudor, los impedimentos fruto de hechos anteriores o posteriores al tiempo del cumplimiento.

Si bien, puede la inminencia de dicha imposibilidad tener consecuencias en la doctrina del *anticipatory breach* del derecho anglosajón. Esta teoría fue receptada en el art.1204 del

Proyecto argentino de Código Único de 1987 que para el supuesto de haber “*certeza de que la otra parte no cumplirá con las obligaciones a su cargo*”.

El Código Civil y Comercial de la Nación, en esta línea, establece que “*Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir o en su solvencia*”(art. 1032 C.C.C.).

Cabe también precisar, que la actualidad requerida, es respecto de los efectos del *casus*, que debe haber tornado imposible el cumplimiento al tiempo de ser exigible, aunque el hecho se hubiera producido con anterioridad. Deben subsistir sus efectos que impidan el cumplimiento. Lo que debe ser actual, como requisito del caso fortuito, es su gravitación en la posibilidad de cumplimiento al tiempo de ser exigible la obligación.

g. Inimputabilidad.

1.Requisito del caso. Corolario de la imprevisibilidad.

La ausencia de atribución al deudor de las consecuencias del caso fortuito, ya sea por el riesgo o vicio de la cosa o de la actividad desplegada o por reproche subjetivo, es requisito de su exoneración con causa en el caso.

Se asocia al requisito de ajenidad o extraneidad del *casus* que se analizó en el punto “d” (p.137) al que nos remitimos.

Pero en síntesis, en caso interno, o interior, aquél que sucede en la órbita de acción del deudor, no exime de responsabilidad.

Y el carácter de inimputabilidad deviene como corolario del requisito legal de imprevisibilidad del caso fortuito. (art. 514 C. Civil y art.1730 C.C.C.) y está estrechamente ligado al requisito de extraordinariedad.

El sistema legal de nuestro derecho civil de atribución de las consecuencias de los hechos, establece el límite de imputación a las consecuencias basado en su previsibilidad y causalidad.

Son imputables al autor del hecho las consecuencias inmediatas, que acostumbran a suceder según el curso ordinario y natural de las cosas y las consecuencias mediatas, que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, cuando se hubieren previsto o se hayan podido prever, empleando la debida atención y conocimiento. Las consecuencias casuales no son imputables, sino cuando debieron resultar según las miras del autor. En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen nexo adecuado de causalidad. (arts. 901, 903, 904, 905, 906 C. Civil y art. 1727 C.C.C.).

El hecho que obstaculice el cumplimiento, o las consecuencias de impedimento, libera al deudor si no tiene adecuado nexo de causalidad con la conducta del deudor o es imprevisible.

En el primer caso, falla la relación de causa –efecto, entre un hecho y su autor, y sus consecuencias o incumplimiento. Este último se presenta en relación causal con el hecho fortuito.

En el segundo, la consecuencia (el incumplimiento) es imprevisible, siendo lo previsible lo que acostumbra a suceder “según el curso natural y ordinario de las cosas”.

Como hemos visto, que la imprevisibilidad puede ser absoluta – para todos los sujetos y en todos los casos- o relativa, cuando es imprevisible para un caso o un conjunto de casos similares, pero no para otros.

Dejando a salvo, que también el tiempo puede hacer previsible lo imprevisible. Si bien la doctrina distingue con este fundamento entre casos fortuitos previsible e imprevisible, para otorgarle virtualidad liberatoria sólo al imprevisible en forma absoluta, creemos que en el derecho argentino actual, la imprevisibilidad se juzga “*empleando la debida atención y conocimiento de la cosa*” (art. 904 C. Civil y art.1725 C.C.C.).

La previsibilidad de un hecho dañoso como determinante de su imputabilidad al autor, se juzga en concreto, con un criterio objetivo.

Y en todos los supuestos en que el caso fortuito, fuera previsto, o debiera haberlo sido, utilizando la debida atención y conocimiento de la cosa le será imputable al autor, y por ende, será responsable de las consecuencias. Por lo expuesto, sostenemos que la inimputabilidad es requisito del *casus*, como corolario del requisito legal de imprevisibilidad.

h. Extraordinariedad.

La exigencia de extraordinariedad del caso, se deriva de la previsibilidad en tanto reputamos previsibles las consecuencias de los hechos que acostumbran a suceder, según el curso natural y ordinario. Por contraposición, es extraordinario el suceso que no acostumbra a suceder en el orden común.

Ya en el derecho romano, se distinguió entre casos fortuitos extraordinario y ordinarios, sólitos e insólitos. Receptaron esta clasificación el *Code*, (art.1773), el Código italiano de 1862, (art.1621), y Código español (art.1575) en relación al contrato de arrendamiento.

El artículo 1773 del *Code*, citado por Velez en la nota al artículo 514 del Código Civil dice: “*La estipulación que pone los casos fortuitos a cargo del tomador de una hacienda de labranza, no se entiende sino en los casos fortuitos ordinarios, tales como el granizo, el hielo, la seca y no de los casos fortuitos extraordinarios, como la guerra, los terremotos, etc.*”.

En nuestro derecho, puede verse la distinción en la ley 13.246, de arrendamientos rurales (hoy derogada por la ley 22.298), que expresaba “*caso fortuito o fuerza mayor que implique riesgos no asegurables*”.

El artículo 1557 del Código Civil argentino, establece: “*En los arrendamientos de predios rústicos no podrá exigir el locatario remisión total o parcial de las rentas, alegando casos fortuitos ordinarios o extraordinarios que destruyan o deterioren las cosechas*”.

A la distinción entre caso fortuito ordinario y casi fortuito extraordinario se le otorga, en general, una consecuencia práctica: la limitación de la responsabilidad por el caso, en los

supuestos en que hay asunción de las consecuencias del mismo. El deudor que toma a su cargo las consecuencias del caso fortuito, se exonera si el *casus* tiene la característica de extraordinario.(art. 513 C. Civil).

Parte de la doctrina, considera irrelevante la distinción, y se inclina por sostener que el caso fortuito para ser tal y liberar al deudor, debe ser siempre extraordinario.

Otra parte, como vimos, considera que el suceso ordinario, es caso fortuito en sentido estricto, mientras que el extraordinario, es fuerza mayor, único supuesto liberador de responsabilidad del deudor.

La doctrina tradicional nacional juzga defectuosa la clasificación entre caso fortuito ordinario o en sentido estricto y caso fortuito extraordinario o fuerza mayor, pues sólo los extraordinarios merecen tal denominación y sus efectos liberatorios.

Han sido razones de política legislativa la que determinaron la conveniencia de atribuir efectos liberatorios al caso fortuito ordinario o extraordinario (caso fortuito o fuerza mayor, previsible o imprevisible, accidente simple o accidente calificado), según la relación obligacional de que se trate, imputando los riesgos del negocio, empresa o actividad, a uno u otro interviniente.

i. Notoriedad.

En la teoría elaborada por Adolfo Exner, el caso fortuito liberador de responsabilidad debía constituir un hecho extraordinario, excepcional, derivar de una circunstancia externa

o ajena a la actividad de que se trate y, además, tener cierta magnitud y ser notorio o público.

En nuestro Código Civil, el artículo 1570 señala: “*no siendo notorio el accidente de fuerza mayor que motivó la pérdida o deterioro de la cosa arrendada, la prueba del caso fortuito incumbe al locatario*”.

Recordemos que para Exner, la eximente de responsabilidad debe además, ser extraordinario, tener pública notoriedad y exterior al deudor.

El artículo 1571 dice: “*Siendo notorio el accidente de fuerza mayor,...la prueba de que hubo culpa,...corresponde al locador*”. El artículo 1572, reputa caso fortuito el incendio, hasta que el locador o el que resulte perjudicado “*pruebe haber habido culpa*”.

“*Es claro que esta prueba (la del casus) no será necesaria cuando se trate de un hecho de pública notoriedad: una declaración de guerra, la destrucción de Hiroshima por la bomba atómica, una inundación o un terremoto*”.¹³⁰

El Código Civil y Comercial no contiene normas similares, y el locatario “*responde por incendio no originado por caso fortuito*” . (art.1206 C.C.C.)

Consideramos que la notoriedad del evento, aun mas en los tiempos que corren, no tiene relación directa con la naturaleza del caso fortuito. Ni condiciona su ocurrencia.

¹³⁰Borda, G. “*Tratado de derecho civil argentino*” *Obligaciones*. T.1 3ª ed. Ed.Ab.Perrot. Bs.As.,1971 p.127.

Porque la circunstancia de la notoriedad de un suceso está condicionada por elementos extraños a la relación obligacional, y bastaría que un suceso extraordinario no sea notorio, que por razones exógenas se oculte, para restarle su virtualidad liberatoria. Y al contrario, sería suficiente darle notoriedad al suceso, para asignarle el carácter de extraordinario, tan sólo por la extraordinariedad de su publicidad.

Agregamos que un hecho excepcional, que justifique el *casus*, puede mantenerse sin repercusión ni notoriedad, quizás por razones ponderadas superiores a la difusión del hecho.

j. Distinción entre caso fortuito y *dificultas praestandi*.

1.La inexigibilidad en sentido amplio.

En el Libro 2º, sección 3ª, Título 1, capítulo 6 , sobre: “*Del efecto de los contratos*”, el artículo 1197 del Código Civil Argentino establece la libertad contractual y la fuerza obligatoria de las estipulaciones contractuales: “*Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma*”. La nota del codificador remite al artículo 1134 del Código Francés, que consagra el dogma de la autonomía de la voluntad. En el artículo siguiente, el autor del Código, redactó:

“Los contratos obligan no sólo a lo que está formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias

que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos”.

Examinamos el principio de buena fe y su función en la integración de la relación obligatoria. En nuestro derecho el mentado principio está receptado en el artículo 1198 del Código Civil con la siguiente redacción: “ *Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión*”. Tal en su redacción actual. (ley 17.711).

El Código Civil y Comercial, en el Título 2 del Libro III, Capítulo 1, art.958 establece que “*Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público la moral y las buenas costumbres*”. El artículo siguiente, consigna el efecto vinculante del contrato: “*Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé*”

El artículo 961 del C.C.C. establece que “ *Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor*”

Se asigna una función correctiva del ejercicio de los derechos al principio de la buena fe, ya que “*el comportamiento correcto definido conforme a un estándar objetivo señala un deber de ser respecto de cómo deberían*

*actuar las partes, y en virtud de su origen legal e imperativo se constituye en un control y en un límite”.*¹³¹

El artículo 1071 (ley 17.711) del Código Civil , Libro 2º, sección 2º, Título 8, “*De los actos ilícitos*”, consagra el abuso de derecho como “*un acto ilícito específico: se trata de un acto ilícito abusivo que, a diferencia del acto ilícito común – en el cual la norma es transgredida francamente- implica una violación solapada del ordenamiento jurídico*”.¹³²

En su redacción original decía: “*El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto*”. La redacción del Cód.Civil ley 17.711, incorpora el abuso de derecho:

“La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites de la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

El Código Civil y Comercial en el Título preliminar, Capítulo 3 art. 9 dice. “*Los derechos deben ser ejercidos de buena fe*”. El artículo siguiente sanciona el abuso de derecho: “*El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico*

¹³¹ Lorenzetti, R.L. “*Tratado de los contratos, Parte General*” Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004 p.150.

¹³² Alterini A.A. “*Derecho de las Obligaciones*” 2ª ed. actualizada ed. Ab. Perrot, Bs.As., p.734/5.

o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

El art. 11 , dispone la aplicación de los arts. 9 y 10, a la situación de abuso de posición dominante en el mercado.

El artículo 953, Título 2 del Libro II ,Sección 2da., del Código Civil, “*De los actos jurídicos*”, prohíbe que los actos jurídicos tengan por objeto hechos contrarios a las buenas costumbres. En el mismo sentido el art. 279 ,(Libro 1, Título 4, Capítulo 5, Sección 1ra.) del C.C.C. prohíbe que el objeto de los actos jurídicos sea contrario a la moral y a las buenas costumbres o lesivos de la dignidad humana.

De la aplicación armónica de estas normas, se deriva la inexigibilidad de la obligación objeto del contrato, cuando su ejecución implique una burla a la buena fe contractual, un abuso de derecho o su ejercicio antifuncional, o un hecho contrario a las buenas costumbres, a la moral o lesione la dignidad humana.

El artículo 954, texto ley 17.711, del Código Civil establece: “*Podrán anularse los actos viciados... También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones...*”.

Recordemos que Vélez en la nota al artículo 943 del Código repudió la lesión “enorme o enormísima” o lesión

objetiva: *“Dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera emendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error o violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocable el contrato”*.

El nuevo artículo 954, (ley 17.711) recepta la lesión subjetiva: no precisa sólo el desequilibrio grosero en las prestaciones, sino que requiere la explotación de la inexperiencia, necesidad o ligereza del contratante perjudicado.

El art.332 (L.1, T.4, Cap.6 CCC) legisla la lesión y dispone: *“Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica (sic) o inexperiencia de la otra obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial desproporcionada y sin justificación. Se presume excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones”...“El afectado tiene opción para demandar la nulidad o el reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda”*

La lesión subjetiva que recepta nuestra legislación, para tornar inexigible la obligación, debe derivar de un contrato que implique desproporción en las prestaciones y explotación del contratante lesionado: elemento objetivo y subjetivo y estar en la génesis del convenio.

En el caso la obligación se puede cumplir, pero su ejecución constituye lesión subjetiva, y por ellos, la víctima o sus herederos podrán demandar la nulidad del contrato o *“un*

reajuste equitativo del convenio”(art.954 Cód. Civil). Si el afectado demandara la nulidad, y el demandado ofreciera el reajuste, la acción se transforma en acción de reajuste.(art.332 C.C.C.).

En cambio, en el análisis de los elementos del caso fortuito y fuerza mayor, se señaló que un requisito imprescindible para que opere el *casus* es la imposibilidad de cumplir con la obligación.

Vimos que algunos autores distinguen que la imposibilidad de cumplir es un efecto del *casus*, otros que lo integra, conceptualizándolo como un hecho complejo y por último, otros, sostienen que el caso fortuito es el efecto. Pero todos coinciden en que para analizar la exoneración del deudor por operatividad del *casus* se requiere que el cumplimiento de la obligación se haya tornado imposible.

Hay otros supuestos en que la prestación no se torna de cumplimiento imposible en sentido estricto, pero la ejecución debida deviene como consecuencia del *casus*, desmesuradamente onerosa o dificultosa para el deudor. El cumplimiento de la obligación exige del deudor un esfuerzo superior en exceso, del esperado al tiempo de contratar.

En ese caso y en el ámbito de los contratos onerosos, conmutativos y de ejecución diferida o continuada, (en nuestro derecho) la prestación que para el deudor se tornó excesivamente onerosa, se considera inexigible. Parte de la doctrina nacional sostiene que la inexigibilidad de la obligación por esta causa, opera sólo en aquéllos casos que del contrato que se trate deriven “derechos fluyentes”, que fecunden por la acción del tiempo, excluyendo los supuestos de contratos que generen

obligaciones diferidas, a plazo o condición.¹³³ Otros autores amplían el ámbito de aplicación a los contratos gratuitos. (Salas).

La noción legal en nuestro derecho, incorporada al Código Civil con la reforma de la ley 17.711, está fijada en el art. 1198 que dice:

“En los contratos bilaterales conmutativos y unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo del contrato. En los contratos de ejecución continuada, la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”.

Consideramos que es incorrecta la exclusión de la inexigibilidad de la obligación devenida excesivamente onerosa nacida de un contrato gratuito.

Tal la posición sostenida por Salas, en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil.

La exclusión puede acarrear soluciones injustas, como lo demuestra el ejemplo traído por Llambías: *“he ahí un deudor de una renta vitalicia onerosa (conf. art. 2070) y otro*

¹³³ Llambías J.J. *“Tratado de derecho civil”* Obligaciones T.1 p.249.Bs.As.,Ab. Perrot .1978.

*donante de una pensión vitalicia gratuita (conf. art. 1810 inc.5). Si imprevisiblemente...la deuda se torna excesivamente gravosa, el primer deudor puede ampararse en la teoría de la imprevisión; el segundo, no, pese a que actuó desinteresadamente”.*¹³⁴

El último proyecto de reforma del Código Civil de 2012, hoy ley 26.994, en el Libro 3, art. 1091, recoge la teoría de la imprevisión:

“Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la rescisión total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia”.

El Código Civil y Comercial mantiene el instituto en el ámbito de los contratos onerosos, de ejecución diferida y ahora “permanente”.

Modifica el supuesto apto para desencadenarlo: debe provenir de una alteración de las circunstancias de la génesis del contrato, anormal, fuera del curso ordinario de las cosas, que a su

¹³⁴ Llambías J.J. “Tratado de derecho civil” Obligaciones T.1 p.268.Bs.As.,Ab. Perrot,1979.

vez sea efecto de una causa ajena, extraneidad que debe incluir a las partes y al riesgo y en los aleatorios, al álea propia.

Conforme el desarrollo de la doctrina, establece la viabilidad del planteo extrajudicial o judicial, y en éste, por vía de acción o de excepción, pero siempre sólo para la parte perjudicada por la alteración; solo ella en este proyecto podría solicitar la extinción o adecuación del contrato.

También, de acuerdo con la crítica de la doctrina al art. 1198 del Código Civil, el modo extintivo es la rescisión del contrato.

Pero ahora, de la letra del artículo 1091 del proyecto, sólo la parte perjudicada en la relación puede solicitarla, sin que la otra pueda oponerse. Observamos que se retira el requisito de “imprevisibilidad” del evento, y la posibilidad de la parte no perjudicada de “mejorar equitativamente los efectos del contrato”.

La doctrina ha encontrado fundamentos diversos para justificar la inexigibilidad al deudor de la obligación desmesuradamente gravosa.

Whinscheid sostiene la doctrina de la presuposición: en el marco de un contrato, las partes se obligan en condiciones presupuestas, sin las cuales no lo habrían hecho. Si falta el presupuesto del contrato, las obligaciones subsistentes “*quedan sin causa que las justifique*”.

Otros autores, encuentran condiciones implícitas en la celebración del contrato, que son la “*base del negocio*”. (Oertmann). Si se modifica la base del contrato, la obligación se torna inexigible. Bruzin considera que si las condiciones sobrevinientes al contrato “*traen en la ejecución consecuencias*

que sobrepasan las previsiones de las partes al contratar” se crea una situación extracontractual, fuera de los “límites del contrato”.

La doctrina italiana sustenta la inexigibilidad de la obligación, en caso de excesiva onerosidad en la ruptura del equilibrio del contrato. (Giorgi)¹³⁵.

En la doctrina nacional, Spota fundamenta la teoría de la imprevisión en que la exigibilidad de la obligación, en este supuesto, consistiría en abuso de derecho. (art. 1071 Cód. Civil).¹³⁶

Así dadas las circunstancias para el deudor, bajo el imperio de la buena fe, creencia-lealtad, la prestación deviene inexigible. Se puede ponderar los valores negociales, uno el de la necesidad de que lo prometido se cumpla, y el otro, el respeto a la buena fe que debe regir toda la actividad negocial.

Si privilegiamos la vigencia y aplicación práctica del segundo, se concluye que la obligación cuyo cumplimiento requiere del deudor un esfuerzo excesivo en relación a lo esperado es inexigible, con fundamento en el principio de la buena fe. Así lo recoge el Código Civil portugués, que sostiene la inexigibilidad de la obligación con fundamento en la lesión a la buena fe y la equidad. (art.437).

El artículo 437 del Código Civil portugués dice: *“Si las circunstancias en que se basaron las partes para decidirse a*

¹³⁵ Llambías J.J. *“Tratado de derecho civil”* Obligaciones T.1 p.243.Bs.As.,Ab. Perrot. 1978.

¹³⁶ Llambías J.J. *“Tratado de derecho civil”* Obligaciones T. 1 p.215.Bs.As.,Ab. Perrot.1978.

contratar hubieran sufrido una alteración anormal, la parte perjudicada tiene derecho a la resolución del contrato, o a su modificación conforme a la equidad, siempre que la pretensión que cumpla con las obligaciones que asumiera afecte gravemente los principios de la buena fe y no queden cubiertos por los riesgos propios del contrato". El artículo siguiente prescribe: *"La parte perjudicada no goza del derecho de resolución o modificación del contrato, si se hallaba en mora en el momento en que sobrevino la alteración de las circunstancias"*.

*"Tampoco faltan las teorías que se fundan en los vicios de la voluntad, como el error, en una supuesta lesión sobreviniente, en la imposibilidad, en el enriquecimiento sin causa."*¹³⁷

La inexigibilidad de la obligación por el excesivo sacrificio que su cumplimiento depararía al deudor, que rompe el equilibrio del negocio y atenta contra la fe con que se deben cumplir los contratos, se vincula con la posibilidad de la renegociación del convenio y la actividad de los jueces en la restauración del equilibrio perdido.

En el XIX Congreso de Derecho Civil, realizado en Rosario en el año 2003, la comisión de contratos, presidida por Jorge Mosset Iturraspe y Jorge Daniel Pizarro, luego de recomendar las conclusiones del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, dictaminó, entre otras recomendaciones, que el

¹³⁷ Spota, A.J., Leiva Fernández L.F.P. actualizado, "Contratos. Instituciones de derecho civil" 2º ed. Actualizada y ampliada. Tomo III parte general, p. 738/739. La Ley.Bs.As.

principio de autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria de los contratos, son de rango constitucional, para luego establecer que la imprevisión contractual, la frustración del fin del contrato, el principio de buena fe, el abuso de derecho y la equidad son supuestos que autorizan la revisión del contrato. Lo que presume la inexigibilidad del cumplimiento de la obligación tal como fue creada, por la dificultad u onerosidad excesiva.

Transcribimos el dictamen de la comisión en lo que interesa: (De lege data).

a) El principio de la autonomía de la voluntad, que dimana de nuestra Constitución Nacional, y su consecuencia, la fuerza vinculante del contrato, continúan siendo los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico, mientras se mantengan las circunstancias tenidas en vista al momento de contratar. (Mosset Iturraspe, Gastaldi, Centanaro, González de Prada, Ana Márquez, Frustagli, Colla, Ariza, Felibert, Sozzo, Zuvilivia, Juanes, Esborraz, Santarelli).

b) El principio de la fuerza vinculante del contrato continúa siendo uno de los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico. El contrato, acto de previsión por antonomasia, no puede –por regla- verse modificado, salvo disposiciones legales o convencionales que lo autoricen. (Pizarro, Aparicio, Gianfelici, Fernando Márquez, De Lorenzo, Vergara, Borda, Silvestre, Zago, Moisés, Carnaghi, Freytes).

c) La revisión del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente –art. 1198, 2ª parte- no agota los supuestos frente al desequilibrio negocial en los contratos de duración (unanimidad).

d) La teoría de la imprevisión, la frustración del fin contractual, el principio general de la buena fe, el abuso del derecho y la equidad constituyen herramientas útiles para la revisión contractual (unanimidad).

e) La obligación de renegociar puede derivar de una cláusula expresa del contrato, de una disposición de la ley o como deber emergente del principio general de buena fe. (Mosset Iturraspe, Esborraz, Gastaldi, Gastaldi, Colla, Centanaro, Zago, Juanes, González de Prada, Silvestre, Ana Márquez, Vergara, Frustagli, Sozzo, Zuvilivia, Ariza, Felibert, Freytes, Carnaghi, Santarelli).

f) La renuncia anticipada a las acciones por excesiva onerosidad sobreviniente no es válida cuando se trata de hechos imprevisibles que han desquiciado la armonía negocial. (Mosset Iturraspe, Esborraz, Borda, Zuvilivia, Zago, Centanaro, Gastaldi, Gastaldi, Colla, González de Prada, Frustagli, Ana Márquez, Juanes, Ariza, Moisés, Felibert, Sozzo, Gianfelici).

De lege ferenda:

a) Es aconsejable disponer legalmente la obligación de renegociar el contrato cuando circunstancias sobrevenidas y extraordinarias modifiquen las bases del negocio (Mosset Iturraspe, Pizarro, Borda, Esborraz, Ariza, Frustagli, Zuvilivia, González de Prada, Fernando Márquez, Sozzo, Santarelli, Silvestre)

b) No es necesaria la incorporación de dispositivos de esa naturaleza (Moisa, Carnaghi, Freytes, Zago).

c) Es conveniente la regulación legal que permita a cualquiera de las partes requerir a la contraria o, en su caso, demandar la modificación de las condiciones contractuales, cuando las circunstancias sobrevinientes sufren una alteración anormal y grave en la ecuación económica o las bases del mismo. (Ana Márquez, Gastaldi, Gastaldi, Colla, Centanaro, Felibert)

2. En los contratos a título gratuito debe admitirse la revisión equitativa de la prestación cuando se ha tornado excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles. (Carnaghi, Fernando Márquez, Aparicio, Frustagli, Ariza, Pizarro, De Lorenzo, Santarelli, Moisés, Juanes, González de Prada, Ana Márquez, Felibert, Freytes, Vergara)

2.La excesiva onerosidad en la prestación.

En la regulación específica del instituto denominado “excesiva onerosidad sobreviniente”, ha sido definido en los principios de UNIDROIT, art. 6.2.2 , que dice:

“Hay “excesiva onerosidad sobreviniente (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) *Dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;*
- (b) *Los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja al momento de celebrarse el contrato;*
- (c) *Los eventos escapan al control de la parte en desventaja;*
- (d) *El riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.*

Los principios citados no excluyen la aplicación de la excesiva onerosidad a los contratos que no sean de larga duración.

“Las cláusulas hardship en los contratos internacionales son un mecanismo de adaptación del contrato, creado por los usos y las costumbres en el comercio a nivel internacional. La finalidad de este tipo de cláusulas consiste en crear las circunstancias necesarias para que el contrato se mantenga a lo largo del tiempo, sin que los cambios imprevistos y repentinos a las condiciones iniciales del contrato lleguen a afectarlo. Así la aplicación de este tipo de cláusulas busca la renegociación del contrato aun cuando este se encuentra en etapa de ejecución”.¹³⁸

En el derecho nacional la posibilidad de modificar el contrato en la etapa de ejecución por la excesiva onerosidad sobreviniente, está ceñida a que se den las condiciones del artículo 1198 del Código Civil hoy 1091 del C.C.C..

¹³⁸ Castro A.M., Zapata A.C., “La cláusula de hardship en la contratación internacional” Revista foros.uexternado.edu.co.revista@e-mercatoria vol.4,nro.2,(2005).

Se vincula con el caso fortuito, pues la excesiva onerosidad sobreviniente que autoriza a la resolución (rescisión) o adaptación del contrato, es la provocada por un hecho que debe constituir un *casus*.

La norma del art. 1198 del C.C. refiere a “*acontecimientos extraordinarios e imprevisibles*”, y la del art. 1090 del C.C.C. “*alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido*” pero la doctrina es mayoritaria en sostener que “*el hecho que determina el funcionamiento de la teoría de la imprevisión, en sí mismo considerado ha de reunir los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor*”.¹³⁹

Anotamos que en opinión de Lopez de Zavalía basta el “caso imprevisible”, para oponer la teoría de la imprevisión. El autor distingue entre el “caso imprevisible” que requiere la teoría de la imprevisión, del “caso fortuito”.

Razona el autor :

“Al acontecimiento mentado por la ley podemos llamarlo:

“caso imprevisible”:

a) Debe tratarse en primer lugar de un acontecimiento que reúna simultáneamente las características de “extraordinario”, esto es fuera del curso normal, estadístico, e “imprevisible”, al tiempo del contrato. Y desde luego tanto es acontecimiento el positivo (suceder lo que no suele acontecer) como el negativo (no suceder lo que suele acontecer).

¹³⁹ Llambías J.J. “Tratado de derecho civil.Obligaciones” T.1, p.247, Bs.As. Ab Perrot.1967.

b) Del mismo modo que el deudor carga con las consecuencias del caso fortuito si el acontecimiento se produce por su culpa (art. 513), así también no es invocable el "caso imprevisible" si adviene por culpa del perjudicado (art. 1198, cuarto párrafo).

Y lo compara con el caso fortuito:

“Existe un evidente paralelismo entre las nociones de caso fortuito y de caso imprevisible. Pero las diferencias son sustanciales:

a) El caso fortuito es valorable porque produce la imposibilidad de la prestación. El caso imprevisible acarrea la excesiva onerosidad. De allí que sólo se concibe un caso fortuito que advenga antes de la prestación que vuelve imposible. En cambio, el caso imprevisible puede sobrevenir después de haber sido efectuada la prestación a la que torna excesivamente onerosa

b) Mientras en el sistema de nuestra ley el concepto de caso fortuito se delimita negativa y subjetivamente, el de caso imprevisible impone una determinación positiva y objetiva.”¹⁴⁰

En opinión mayoritaria, el acontecimiento sobreviniente al nacimiento del contrato –oneroso, conmutativo y de ejecución diferida o continuada- debe ser imprevisible, inevitable, ajeno, actual, sobreviniente, extraordinario y notorio (lo último, para no requerir prueba).

Pero aquí a pesar del *casus*, la obligación se puede cumplir, aunque requiere un esfuerzo desmesurado por parte del deudor. La sucesión del *casus*, rompe el equilibrio de las

¹⁴⁰ Lopez de Zavalía Fernando J. “Teoría de los contratos” T.1, p.732 y ss.,Bs.As., Ed. Zavalía.

prestaciones, quiebra la base negocial, los presupuestos implícitos del contrato, y razones de equidad y de buena fe, indican su modificación restaurando el equilibrio, o su extinción.

2.1. Recapitulación: excesiva onerosidad, inexigibilidad en sentido amplio e imposibilidad relativa.

La excesiva onerosidad sobreviniente, cuyos elementos definimos y cuya noción legal la comprende en nuestro derecho la redacción del art. 1198 del Código Civil, segunda parte, hoy art. 1090 del C.C.C. es un supuesto de inexigibilidad de la obligación con fundamento, según las distintas teorías, en el equilibrio implícito de las prestaciones en el contrato, en las bases del negocio, en los presupuestos del mismo, y en el principio de buena fe, que campea todo el derecho contractual, y razones de equidad.

En sentido amplio, consideramos que se impone la inexigibilidad de las obligaciones al deudor, cuyo cumplimiento conlleve la violación del principio de la buena fe, y, en concreto de las normas que prohíben el abuso de derecho, el ejercicio antifuncional de los mismos y la lesión subjetiva. Veremos que con el mismo fundamento y supuesto fáctico, se contempla la extinción del contrato por parte del acreedor, por la frustración de sus fines, que lo privaron de eficacia.

La imposibilidad calificada como relativa, que hace imposible el cumplimiento de la obligación, respecto de un deudor determinado, es hábil para tornar inexigible el

cumplimiento, considerando el esfuerzo que es dable imponer al contratante. Y será inexigible el cumplimiento de la obligación, si ello vulnera el principio de la buena fe y las buenas costumbres, o implica un esfuerzo superior a lo considerado implícito como presupuesto del contrato.

2.2.El reconocimiento y la aplicación judicial de la cláusula *rebus sic stantibus*.

En la definición propuesta por Gianfelici, “*la cláusula rebus sic stantibus, ... significa que en todos los contratos de tracto sucesivo o que dependan de un hecho futuro existe una cláusula implícita según la cual el contrato obliga mientras las cosas permanezcan así o en el mismo estado.*”¹⁴¹

Conforme la interpretación literal del artículo 1197 del Código Civil argentino, los contratos constituyen para las partes una regla, la que deben cumplir como la ley misma. (art. 1134 Code). Es la consagración del principio de “*Pacta sunt servanda*”. Sobre la expresión, Rezzónico, en “*Principios fundamentales de los Contratos*”, dice que “*el referido aforismo parece algo por demás obvio, una innecesaria reiteración de la noción misma de contrato*”¹⁴².

¹⁴¹ Gianfelici, M. C., “*La frustración del fin del contrato*”, Bs.As., Ed. Hammurabi. 2004. p.40.

¹⁴² Rezzónico, J.C. “*Principios fundamentales de los contratos*”, p.228.ed.Astrea Bs.As., 1999. Acuña Alvarado, A.E. “*La teoría de la frustración del fin del contrato y su aplicabilidad en Costa Rica*”.
”.<http://.ijj.ucr.ac.or/download/file/fid/18/>.

Ya Vélez en el texto original del artículo siguiente, 1198, dice: “ *Los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado en ellos , sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos*”.

Con esta norma abrió el camino a los jueces para la aplicación de que en los convenios la regla *pacta sunt servanda*, estaba condicionada a la que dispone *rebus sic stantibus*. Se puede observar que en el significado actual de la expresión “virtual”, resulta el artículo original del Código, de mayor cobertura de situaciones írritas que con la redacción de 1969.

La nueva redacción ley 17.711 dice: “*los contratos deben ser celebrados, ejecutados e interpretados de buena fe y de acuerdo a lo que las partes entendieron o debieron entender, obrando con cuidado y previsión*”.

La ley 26.994, dispone: ““*los contratos deben ser celebrados, ejecutados e interpretados de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan ser consideradas comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.*”(art. 961).

El principio de obligatoriedad de los convenios ya en el derecho romano, se lo refería con la expresión: “*pacta sunt servanda*”, es decir, que los pactos deben ser cumplidos. La norma es que la palabra se cumple.

La evolución de los principios que rigen el cumplimiento de las obligaciones, desarrolla situaciones de excepción, que permiten la exoneración del deudor incumpliente, con sustento en la excesiva dificultad sobreviniente en el cumplimiento de la prestación. Llegan hasta hoy, diseñadas como las teorías de la imprevisión y de la frustración del fin del contrato.

En el devenir del extenso período de desarrollo del derecho romano, el más largo de la historia (desde el siglo VIII antes de Cristo, hasta el VI de nuestra era, fue derecho vigente en todos los pueblos del Mediterráneo), el principio fue incorporándose con variantes y excepciones,(obra de los pretores), a medida que Roma iba incorporando diversas costumbres y formas de negociación, de sus territorios anexados.

En este curso histórico, a la regla “*pacta sunt servanda*”, se comienza por incluir la condición para su estricta aplicación de “*rebus sic stantibus*”, es decir, que las cosas se mantengan como en el tiempo de la celebración del pacto. El contrato debe ser cumplido siempre que las cosas no hayan cambiado, de tal modo de aniquilar el equilibrio del negocio.

“Los filósofos romanos también se preocuparon por esta cuestión llegando a afirmar que no se puede obligar a

nadie al cumplimiento de lo pactado si las condiciones son distintas de las que existían al momento de contratar”.¹⁴³.

Del Digesto (L.48,T.3,ley 38, proemio): “*cuando se hubiere estipulado que se dé a Ticio alguna cosa, se ha de considerar que se paga bien a Ticio solamente si permaneciera en el mismo estado en que se encontraba cuando tuvo lugar la estipulación; pero si Ticio hubiera sido desterrado, o hecho esclavo, o hubiera sido interdicto, etc., se ha de considerar que no se le paga bien, porque se considera que es inherente a la estipulación de esta convención, si permaneciera en el mismo estado*”.¹⁴⁴

Algunos autores, ven una oposición entre la regla “*pacta sunt servanda*” y la cláusula “*rebus sic stantibus*”.

Sin embargo, pensamos que la consideración de “*rebus sic stantibus*”, como cláusula implícita de los convenios, no era el opuesto al principio de que los contratos deben ser cumplidos, (*pacta sunt servanda*), sino que condicionaba la exigencia de las obligaciones derivadas del contrato.

Comienza en el derecho romano a delinearse el instituto fundado en la práctica pretoriana que adaptaba el derecho de Roma a las distintas culturas que extendió su

¹⁴³ Badenes Gasset, R, “*El riesgo imprevisible*” (Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional). Barcelona 1946 p. 32. Citado en Spota A. “*Instituciones de derecho civil. Contratos*” Vol. III, p.773. Bs.As.,La Ley. 2009.

¹⁴⁴ Badenes Gasset, R, “*El riesgo imprevisible*” (Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional).Barcelona 1946 p. 32. Citado en . Spota A. “*Instituciones de derecho civil. Contratos*” Vol. III, p.773.Bs-As.,La Ley. 2009.

vigencia. Es derivado de la apreciación de las circunstancias del negocio y sus variaciones con miras a determinar la exigibilidad de las obligaciones por él creadas; es obra de los pretores, aquéllos jueces itinerantes del imperio romano. Se aplicaba a casos particulares, excepcionales y fundado en la interpretación de la voluntad de las partes la buena fe, sin llegar a elaborar un principio general.

Es el avenimiento del derecho canónico el que consagra el principio *rebus sic stantibus* como derivación de la buena fe negocial, la atención a los hechos que motivan el negocio, para juzgar su cumplimiento. Colocado el principio de buena fe en el norte de toda apreciación de derecho, es corolario que la palabra debe ser cumplida, y también que lo es en la medida que no se constituya en un abuso del co-contratante.

*“En las colecciones de los concilios, propios del derecho canónico, se menciona tal cláusula, (“rebus sic stantibus”), la cual, como se ha señalado, implica la imprevisión contractual”*¹⁴⁵.

Santo Tomás de Aquino, en la Suma Teológica, Parte II, Sección II, cuestión 110, bajo el título: “ *De los vicios opuestos a la verdad*”, dice:

¹⁴⁵ Badenes Gasset, R, “*El riesgo imprevisible*” (Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional). Barcelona 1946 p. 32. Citado en . Spota A. “*Instituciones de derecho civil. Contratos*” Vol. III, p.773.Bs.As.,La Ley. 2009.

“Aquél que promete algo, si tiene intención de cumplirlo, no miente, porque no hay contradicción entre lo que habla y lo que piensa. Pero si no pone por obra lo que ha prometido, en este caso parece que falla a la fidelidad, por cambiar de propósito”.

Sin embargo, se le puede eximir de culpa por dos razones: la una, si lo prometido es manifiestamente ilícito pecó al hacer esta promesa y hace bien al cambiar de propósito; la segunda, si han cambiado las condiciones personales o las del negocio en cuestión.

Pues, conforme dice Séneca en su libro De Benefic., para que uno esté obligado a cumplir lo prometido se requiere el que ninguna circunstancia haya cambiado. De no ser así, ni se fue mentiroso al prometer, por haberlo hecho sinceramente, y en el supuesto de que se mantendrían las debidas condiciones, ni tampoco se es infiel por no cumplir lo prometido si las condiciones ya no son las mismas. Por tanto, tampoco mintió el Apóstol al no haber ido a Corinto, adonde prometió que había de ir, como leemos en 2 Cor 1,15; 16,5, por las dificultades que sobrevinieron.”

Para otra doctrina, la institución es configurada por la obra de los pos-glosadores y la escuela histórica de los siglos XIV a XVI.

“Fueron ellos quienes realmente estructuraron la figura y la empezaron a aplicar en las relaciones de Derecho privado. Se menciona a André Alciatus, precursor de la escuela histórica (siglo XVI), como el primero en formular una síntesis completa y fundada acerca de la materia. Bartolo, por su parte, señala que en los casos de

*renuncia se debe presumir la existencia de la cláusula «rebus sic stantibus». Baldo de Ubaldis (1327-1400), a su vez, extiende la aplicación de la cláusula a las promesas de contrato. La doctrina posterior al Digesto, en general, acepta que esta cláusula está incorporada implícitamente en todo contrato”.*¹⁴⁶

En el proceso de formación de las naciones modernas, la codificación emprendida por las europeas, con Baviera y Prusia como pioneras, es Francia quien la consagra y exporta a casi toda América, con la creación napoleónica del Código Civil francés.

Esta legislación, establece sin matices que los convenios son ley para los contratantes. *“Les convéventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites”.* (art. 1134 Code).

Pero se distingue la evolución alemana e italiana, con relación a la imprevisión, de la francesa.

La primera, por influencia de Whinscheid, y la segunda, con la de Juan Bautista De Luca, admitían que el Juez debe modificar el contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias, cuando éstas hagan muy injusta o muy onerosa la ejecución de la obligación.

“Es importante hacer una distinción entre la tradición francesa y la tradición alemana, pues mientras en la primera, durante el Siglo XIX la teoría fue olvidada, en Alemania debido a la llamada teoría de la presuposición de

¹⁴⁶ Gimenez Gil, W. *“La Teoría de la imprevisión. Regla o principio general de derecho?”* p.8. www.docentes.unal.edu.com/wjimenezg/docs.

*Windscheid, se estructuran las bases de lo que a la postre se constituyó en la moderna teoría de la imprevisión”.*¹⁴⁷

Hugo Grocio, en su obra “De jure belli ac pacis” con fundamento en los textos de Cicerón y Séneca, sostiene que la teoría de la imprevisión, se aplica en dos supuestos:

“1-Cuando existe un defecto originario de la voluntad manifestada en el contrato, en el caso de “cesar las causas que plena y eficazmente movieron la voluntad.”

2. O cuando se presentan “acontecimientos que generan un desacuerdo con la voluntad”.

Samuel Puffendorf en su obra “De jure natura et Gentium”, apoya la posición de Grocio y ambos la limitan al ámbito de derecho internacional.

En el Código prusiano de 1794, se redactó la cláusula en el artículo 355:

“Fuera de los casos de una efectiva imposibilidad del incumplimiento de un contrato, no puede ser éste recusado por el cambio de circunstancias.”

En el frag. 378.: *“Si por un cambio imprevisto resulta imposible alcanzar el fin que se han propuesto ambas partes expresamente declarado que resulta de la naturaleza del negocio, puede cada una de ellas desistir de*

¹⁴⁷ Gimenez Gil, W. “La Teoría de la imprevisión. Regla o principio general de derecho?” p.12. www.docentes.unal.edu.com/wjimenezg/docs.

aquella parte del negocio que todavía no se haya cumplido.”

En un sentido muy similar se pronuncia el Código Civil austriaco de 1812 en su artículo 901, que establece que el motivo o fin de su acuerdo, será tenido en cuenta “*si las partes (lo) han elevado a condición expresamente*”.

El Código Napoleónico se mantuvo fiel a la doctrina de *pacta sum servanda* y no contempló en su articulado el incumplimiento por tornarse más dificultosa la prestación.

El art. 1134 del *Code*, establece que los contratos son ley para las partes.

Luego de la primera guerra mundial, a fin de solucionar los problemas que acarrearía el conflicto para el cumplimiento de los contratos, la jurisprudencia, aplica el principio de *pacta sum servanda*, en los casos que la aplicación estricta del art. 1134 del *Code*, tornara injusta la solución.

Lo hace a través de los artículos 1147 y 1148 del mismo *Code*. Según estas reglas cuando el deudor pruebe que el incumplimiento se debe a una causa extraordinaria que no le puede ser imputada, o que le resulte imposible el cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor: “*par suite d’une force majeure ou d’un cas fortuit.*”.

Los Códigos americanos que siguieron la saga del Código Francés de 1804, no incluyeron la figura de la imprevisión. Tal el caso del Código de Velez, en el que se la introduce, en la reforma de 1969.

En el derecho inglés, sólo nace la obligación de cumplir, si media “*consideration*” requisito ineludible de exigibilidad de una promesa, excepto el supuesto de un contrato formal (*under seal*).

La existencia de “*consideration*” en un contrato, en el “*Restatement of contract 2end*” supone cualquier cumplimiento que es negociado.

Al partir de una concepción económica del contrato, en el derecho inglés siempre podía ser cumplida la obligación por su equivalente en dinero, lo que impide admitir la imposibilidad objetiva de cumplir como causal de extinción. A partir del 1647, vimos que la jurisprudencia consideró la ineficacia del contrato por imposibilidad de cumplir la finalidad del negocio. (caso *Parradine vs. Jane*, y los habitualmente conocidos como casos de la coronación).

No podemos evitar aventurar que la concepción de la operatividad de la fuerza obligatoria del contrato que consagra el derecho inglés, es herencia de la creación pretoriana romana y del derecho canónico, frente al rigor del postulado moderno del derecho francés: el contrato es la ley.

En nuestro derecho, el codificador del siglo XIX, sigue –formalmente– el principio del artículo 1134 del *Code*, pero algunos autores han querido ver en la diferencia de redacción, una morigeración de la regla. (nota art. 1198 Cód. Civil). En nuestra redacción en contrato no es la ley, sino “como la ley”.

A esta comprensión del pensamiento del legislador, abona la redacción original del artículo 1198, que incorpora al

contrato las “consecuencias” que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellas”.

Sobre el contrato como la ley: “Por lo tanto, en virtud de esto, si hemos convenido erigir una obra material por cierto precio, debemos hacerlo aun cuando se torne en exceso oneroso, no obstante presentarse circunstancias extraordinarias y no previsibles: es éste el principio de la convención ley”. El artículo 1198 puso, en esto, un dique de contención y lo repite en el art. 1633, *in fine*.”¹⁴⁸

El artículo 1633 del Código Civil ley 17.711, dice: “Aunque encarezca el valor de los materiales y de la mano de obra, el locador bajo ningún pretexto puede pedir aumento de precio, cuando la obra ha sido contratada por una suma determinada, salvo lo dispuesto por el artículo 1198”, Tal el texto del artículo, luego de la reforma de 1969.

El artículo derogado decía: “Aunque encarezca el valor de los materiales y de la obra de mano, el locador bajo ningún pretexto puede pedir aumento del precio, cuando la obra ha sido contratada por un precio determinado”.

Nuestros tribunales, aplicaron la regla “*rebus sic stantibus*”, con la condición “*pacta sunt servanda*”, en especial frente a la pérdida brusca y aguda de valor adquisitivo de la moneda argentina, como resultado de las leyes económicas o jurídicas.

“Las brascas y graves modificaciones en la fijación del valor dólar a partir de febrero de 1981, si el

¹⁴⁸ Spota A., Leiva Fernandez. “Instituciones de derecho civil. Contratos” 2º ed. act. y amp. Vol. III, p.723.Bs.As., La Ley. 2009.

contrato era anterior, pueden importar al advenimiento de un hecho de los que se contemplan en el art. 1198 parte 2ª de Cód. Civ. Y la mayor o menor cercanía del impacto producido por tales manifestaciones en los planes de gobierno son verdaderos hechos de imperio o –como llamaban los antiguos- del príncipe, que tienen el carácter de imprevisibles y extraordinarios, aptos para generar un grave detrimento por desequilibrio importante de las prestaciones”. (CNCiv.Sala C, 24/11/1983, “Rinkevich, Alberto y otra c. Uresandi, Jorge A.).

“Cuando por medidas de rápida repercusión ajenas al leal saber y entender de las partes contratantes el habitual envilecimiento del dinero en su poder de compra se acentúa gravemente, de modo impensado y con general sorpresa en el mundo de los negocios pueda sostenerse que se ha caído en el supuesto del art. 1198 (Adla, XXVIII-B 1799) y en el de excepcionalidad que requiere para enfrentar la “rebus sic stantibus con el pacta sunt servanda”. (CNCiv. Sala C “Arcuschin, Isidoro c. Perelmuter, S.A. Gregorio” JA 1980-I336, ED, 87-293) .

Agregamos que es de aplicación el aforismo latino de *summum ius summa iniuria* y que quiere decir que la rígida sujeción a un principio jurídico, sin tener en cuenta la situación en la que es aplicado, lleva a las mayores injusticias.

Y destacamos el alto contenido moral de la regla *pacta sunt servanda*, en tanto implica cumplir con la palabra empeñada, y de la cláusula *rebus sic stantibus*, pues obliga al comportamiento de buena fe, y protege la equidad en los contratos.

En el Código Civil y Comercial, el art. 1262, define las formas de contratación del contrato de Obras: ajuste alzado, unidad de medida y coste y costas “ o cualquier otro sistema convenido por las partes”. “Si la obra se contrata por el sistema de ejecución a coste y costas , la retribución se determina sobre el valor de los materiales, de la mano de obra y de otros gastos directos o indirectos”.(art. 1263 C.C.C.).

2.3.Efectos.

La recepción jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*, como cláusula implícita en los contratos bilaterales, onerosos, conmutativos y de ejecución diferida o continuada, dio cabida en nuestro derecho a la teoría de la imprevisión, hoy de base legal, y a la teoría de la frustración del fin del contrato.

Ambas doctrinas comparten sus efectos: la inexigibilidad de la obligación derivada de un contrato de ese tipo. En un caso, a la imputable al deudor por onerosidad sobreviniente y el otro, la exigible al acreedor, por la frustración del fin contractual.

3.La frustración del fin del contrato.

3.1. Aspectos generales.

En doctrina, se conoce como frustración del fin del contrato, la causal de ineficacia del convenio, por la cual por haber sido modificada la base objetiva del negocio jurídico, por

un evento imprevisible y sobreviniente, el acreedor ha perdido interés en la prestación a la que se obligó su co-contratante.

Faculta, reunidos los requisitos considerados en la teoría, al acreedor a considerar inexigible la obligación de su deudor, por faltar el interés que motivó el consentimiento y causa del contrato, y obtener la declaración de ineficacia del contrato, válido en origen.

Esta doctrina nace en el derecho anglosajón, en tiempos en que se aplicaba a rajatabla el principio *“pacta sunt servanda”*, y –como vimos- con la práctica innovativa y evolutiva en casos diversos a partir de 1647 ,(*“Parradine vs.Jane”* y *“Taylor vs. Chandler* en 1863) hasta llegar a la creación de la doctrina con los famosos casos de la coronación. (1902).

Karl Larenz, define la base objetiva del negocio jurídico como *“el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato-sépanlo o no los contratantes-, ya que de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría sentido, fin u objeto”*¹⁴⁹.

Si el fin principal para contratar (o causa subjetiva) de una de las partes ha sido objetivado y aceptado por la otra, es relevante para el derecho.

¹⁴⁹ Karl Larenz. *“Base del negocio y cumplimiento del contrato”* ed. Comares, España, p. 4. Acuña Alvarado, A.E. *“La teoría de la frustración del fin del contrato y su aplicabilidad en Costa Rica”*. ”. <http://.ijj.ucr.ac.or/download/file/fid/18/>.

En el punto anterior vimos someramente, los fundamentos que distintas doctrinas encuentran a esta causal de extinción del contrato.

La teoría se sostiene, en el principio de buena fe y de equidad en los contratos, en la teoría de las bases del negocio jurídico. Se justifica en que las partes al celebrar un contrato, tienen en cuenta las circunstancias atinentes al negocio, que pueden o no ser captadas por el convenio.

Podemos resumir tres variantes. Para la teoría subjetiva, consisten en la situación en que las partes fundan el contrato; para la objetiva (Larenz), son las circunstancias necesarias para darle sentido al contrato; según la teoría ecléctica una circunstancia debe ser considerada base del negocio si su importancia para una de las partes es conocida por la otra, si la primera tiene la certeza de su producción, o de lo contrario, la hubiera aceptado como condición.

Creemos que encuentra su razón de ser en el reconocimiento del consentimiento y la causa fin, como elementos esenciales del contrato.

El primero, es el proceso por el cual se forma el convenio, y es cuando se puede avizorar el fin. Ya sea que se considere el consentimiento declaraciones unilaterales que conforman la declaración bilateral en que consiste el contrato o no; bien se enrole en la teoría clásica de la primacía de la voluntad subjetiva, la teoría que privilegia la voluntad declarada o la mixta o armónica que admite la segunda ante la declaración vaga u oscura, es el consentimiento la manifestación de la voluntad del negocio y no hay negocio sin causa que lo provoque.

Sabido es que el elemento causa ha sido objeto de extensas controversias por parte de la doctrina. Desde Domat, inspirador en el punto del *Code*, que considera la causa un elemento del contrato, objetivo, idéntico para todos los contratos de un mismo tipo, pasando por Ernst, que sostiene la inutilidad de considerar el elemento causa (anticausalismo), pues se confunde con el objeto o la voluntad, hasta el neocausalismo, con Capitant, que reedita los motivos del contrato como elemento relevante de interpretación del negocio.

A partir de allí, están los que sostienen una definición objetiva y los que aceptan una subjetiva de la causa como elemento del contrato. También quienes argumentan que pueden considerarse ambos puntos de partida. Todos admiten que la causa o motivo, para ser relevante, debe estar objetivada.

La cuestión es la eficacia de un contrato, en lo que nos interesa, que atañe a la exigibilidad de las obligaciones por él creadas, cuando es alterado por eventos sobrevinientes e imprevistos, de tal modo que una de las partes-el acreedor-pierde el interés o la utilidad que -motivó su consentimiento (voluntad-causa)- siendo la prestación debida posible de realizar.

La teoría de la frustración del fin del contrato es aquella que *“engloba una gama de situaciones diversas, cuyo denominador común es la modificación de determinadas circunstancias fácticas que constituían la base del negocio, malogrando la finalidad de las partes, de modo tal que la*

prestación, si bien posible, carece de utilidad en el interés de acreedor.”¹⁵⁰

*“En tanto el interés o fin del contrato pueda satisfacerse, el contrato mantiene y conserva su razón de ser. Pero si las circunstancias posteriores a su celebración modifican de tal modo los elementos de hecho sobre los que incide, hasta el punto de que el fin es inalcanzable, se puede afirmar que el contrato de ha frustrado, por imposibilidad de alcanzar el fin”.*¹⁵¹

Mosset Iturraspe dice que la frustración del contrato es una teoría (...) para aludir a la finalidad malograda, a las expectativas fracasadas, en orden a la base subjetiva u objetiva del negocio.

Es unánime en la doctrina que se configura la frustración del fin del contrato como causal de inexigibilidad del convenio, cuando el contrato se transforma en algo diferente de lo que la parte tenía en miras al contratar, pero para que este cambio sea relevante en derecho, debe sobrevenir a circunstancias extraordinarias e imprevisibles.

“Como un ejemplo introductorio, para ayudar a la conceptualización de la figura, Larenz cita a Pisko, quien señala que un fabricante no está sujeto al contrato de inserción de anuncios, cuando por motivo de una guerra, los productos que

¹⁵⁰ Ghersi, Carlos A. “*Contratos Civiles y comerciales*”. Pág.274. T. 1.Bs.As. Astrea.1994. Acuña Alvarado, A.E. “*La teoría de la frustración del fin del contrato y su aplicabilidad en Costa Rica*”. <http://.ijj.ucr.ac.or/download/file/fid/18/>

¹⁵¹ Acuña Alvarado, A.E. “*La teoría de la frustración del fin del contrato y su aplicabilidad en Costa Rica*”. <http://.ijj.ucr.ac.or/download/file/fid/18/>.

habían de ser anunciados ya no podrán ser fabricados. Es claro que en este caso se da la frustración del fin del contrato, ya que la prestación (la inserción de anuncios) es posible, pero la utilidad o el fin perseguido por el fabricante, o sea, el aumento de la venta de sus productos y por consiguiente de su patrimonio, por medio de la inserción de los anuncios por motivo de la frustración del fin del contrato”.

¹⁵²

3.2. Configuración del supuesto de hecho de la frustración del fin del negocio. Su distinción de otras figuras.

Podemos considerar como criterios para la configuración del supuesto, su relación con el deber de informar, con el riesgo que asume cada contratante y la previsión exigida a cada uno de ellos.

Es deber informar de cada parte a su co-contratante, todas aquéllas circunstancias, sociales, económicas, políticas, personales, que puedan resultar de interés para la eficacia de la contratación, entendida como la obtención de la finalidad que los lleva a contratar o la obtención del fin, que impulsa el convenio y que se constituye sobre bases determinadas.

¹⁵² Acuña Alvarado, A.E. “ *La teoría de la frustración del fin del contrato y su aplicabilidad en Costa Rica* ”. <http://ijj.ucr.ac.or/download/file/fid/18/>.

Si este deber de conducta, se cumple y en el íter contractual, se modifican las bases, tornando ineficaz el contrato, por hechos ajenos a las partes, extraordinarios e imprevisibles, esta frustración del fin, bajo el principio rector de la buena fe, autoriza a su extinción o adecuación.

*“El fin que se pretende alcanzar, lo cual será posible de mantenerse las circunstancias previstas, debe ser establecido como parte íntegra del contrato antes o en el momento en que el contrato es perfecto, y la frustración del fin del contrato sólo puede suceder cuando ocurre un evento sobrevenido imprevisible durante la etapa de cumplimiento y antes de que termine ésta.”*¹⁵³

Podemos considerar que si se ha producido la imposibilidad, ya no de cumplir con la obligación prometida, sino con la finalidad del contrato, y ésta es parte del contrato, tal riesgo deben soportarlo ambos contratantes. El contrato ha devenido ineficaz, por la frustración del fin, porque objetivado el fin en el convenio, pasa a constituirse, en un fin común, y por ellos debe ser asumido por ambas partes.

Se ha opinado que *“Siguiendo las ideas anteriores, se puede afirmar que existen dos tipos de riesgos que deberían ser tomados en cuenta por el ordenamiento jurídico: el*

¹⁵³ Acuña Alvarado, A.E. “La teoría de la frustración del fin del contrato y su aplicabilidad en Costa Rica”. <http://.ijj.ucr.ac.or/download/file/fid/18/>.

*ya aceptado de la imposibilidad física del objeto y el de la imposibilidad de alcanzar el fin común de las partes.”*¹⁵⁴

La imprevisibilidad del hecho que causa la variación perjudicial de las bases o condiciones presupuestas del negocio, que a su vez provoca la ineficacia del convenio, relaciona la figura con la teoría de la imprevisión. En un caso, el efecto es la dificultad excesiva en cumplir la obligación, y en el otro, es que mediante su cumplimiento se frustra el fin del contrato.

En un caso, la alteración la sufre la parte deudora de la obligación, por tornarse excesivamente onerosa; en el otro afecta al interés del acreedor, para quien el cumplimiento de la obligación perdió el efecto previsto al contratar.

Se puede considerar, si en ambos la subsistencia de convenio, en los términos celebrados, lo hace ineficaz.

“Se puede observar como dentro de la teoría de la imprevisión solo se ha tratado el problema de la excesiva onerosidad sobreviniente y no el de la frustración del fin del contrato.

En todo caso, en este sentido no hay problema pues ésta (la frustración del fin del contrato) se enmarca perfectamente dentro de la teoría. Esto, en razón de que la imprevisión de ambas partes no debe generar sanciones para

¹⁵⁴ Acuña Alvarado, A.E. “ *La teoría de la frustración del fin del contrato y su aplicabilidad en Costa Rica* ” ”. <http://iij.ucr.ac.or/download/file/fid/18/>.

*ninguna de ellas, y menos cuando tiene como resultado la transformación de las circunstancias básicas representadas”.*¹⁵⁵

*Según la teoría de la causa fin: "El fin del contrato es el propósito básico de una de las partes, conocido y aceptado por la otra parte, de manera tal que es objetiva y se convierte en fin para ambas partes”*¹⁵⁶

*"No es necesario que la finalidad en cuestión se haya convertido en contenido del contrato por haberse mencionado expresamente en él, pero debe haberse tenido en cuenta por ambas partes al determinar tal contenido y manifestarse, al menos mediatamente, en el mismo.”...” Todo derecho patrimonial está dirigido a satisfacer intereses.”...” La idea de frustración está siempre asociada a la idea de interés. Cuando el interés en la ejecución del contrato ha desaparecido, se está 'prima facie' ante la frustración. La frustración es la situación que se produce cuando la prestación es aun perfectamente hacedera y la finalidad del contrato ya no puede cumplirse, haciéndolo inútil y carente de interés”.*¹⁵⁷

El acontecimiento que da lugar a la frustración del fin, si bien es sobreviniente e imprevisible, no ocasiona la imposibilidad total y definitiva de la prestación, como ocurre en

¹⁵⁵ Acuña Alvarado, A.E. “ *La teoría de la frustración del fin del contrato y su aplicabilidad en Costa Rica*”. <http://.ijj.ucr.ac.or/download/file/fid/18/>.

¹⁵⁶ Silvestre, Norma Olga y King, Juan Carlos *'Una interesante aplicación de la teoría de la frustración del fin del contrato'*, Bs.As, LA LEY, 1992-E, 119/125”.

¹⁵⁷ Silvestre Norma O. y King, Juan Carlos *"La frustración del fin del contrato"*, JA, 1991-III-848/853.”

el caso fortuito. Por el contrario, la misma es posible, pero el acreedor ha perdido interés en el cumplimiento, porque para él se ha frustrado la causa fin o razón de ser del contrato. *“En tanto el interés o el fin del contrato pueda satisfacerse, el contrato mantiene y conserva su razón de ser. Pero si las circunstancias posteriores a su celebración modifican de tal modo los elementos de hecho sobre los que incide el contrato, hasta el punto de que el fin es inalcanzable, se puede afirmar que el contrato se ha frustrado por imposibilidad de alcanzar tal fin.”*.

158

Sus requisitos son: a) debe tratarse de un contrato sinalagmático y de tracto diferido; b) la frustración debe provenir de circunstancias ajenas al campo de la previsión y actuación de los contratantes.

Sostiene la doctrina, que el caso fortuito y la teoría de la imprevisión, se sostienen en la ocurrencia de un acontecimiento de idénticos requisitos para desencadenar la inexigibilidad de la obligación, pero difieren en cuanto el *casus* determina la imposibilidad de cumplir, la imprevisión, la excesiva dificultad para cumplir.

Pero tal afirmación es válida si se afirma, a su vez, que el caso fortuito por definición es sólo aquél que tiene como consecuencia la imposibilidad de pago, absoluta, objetiva, o bien que el *casus* es un hecho complejo que contiene la imposibilidad de pago como requisito de su ocurrencia, siendo, más bien ésta imposibilidad por hecho la que lo califica.

¹⁵⁸Silvestre, Norma Olga y King, Juan Carlos, *"La frustración del fin del contrato"*, JA, 1991-III-848/853."

En cuanto a la aplicación exclusiva de la teoría de la imprevisión al ámbito contractual y a determinados contratos, a diferencia del *casus* que opera en ambos escenarios, creemos que es por el diseño del art. 1198 del C.C., y art. 1091 del C.C.C., como producto de una decisión legislativa.

No parece que haya un impedimento insalvable para la aplicación de la excesiva onerosidad para otras relaciones patrimoniales, que puedan caer en el ámbito extracontractual, como en el caso de la relación de consumo, o conductas sociales típicas.

3.3 Requisitos y efectos.

Los requisitos de la figura son –según el criterio mayoritario de la doctrina, similares a los de la teoría de la imprevisión, con la salvedad hecha en el párrafo anterior. Así, también lo recogen las legislaciones que la receptaron.

1. un contrato bilateral o unilateral, oneroso, conmutativo, de cumplimiento diferido o continuo.
2. un hecho imprevisible, extraordinario, ajeno, inevitable, sobreviniente, que torna ineficaz el contrato.
3. un fin objetivado, de manera de constituirse en el fin común de las partes contratantes.

En el caso de la teoría de la frustración del fin del contrato, el hecho hace imposible el cumplimiento del fin del contrato; en la teoría de la imprevisión, un evento similar torna excesivamente oneroso en cumplimiento de la prestación para el deudor.

Esta última consecuencia es la que podemos considerar, también, que ataca el fin del contrato; la diferencia es que se trata de un fin exclusivo de uno de los contratantes el que abre la posibilidad de su invocación por el perjudicado, mientras que para invocar la teoría de la frustración del fin del contrato, la causa final del convenio debe haber sido objetivada, conocida por ambos, y, luego, bajo la luz de la buena fe, común.

Producida la frustración del fin objetivado del contrato, el convenio se extingue; las obligaciones por él creadas se tornan inexigibles como consecuencia de la extinción.

Un contrato válido, que cuenta con todos sus elementos, se extingue cuando por causa externa, extraordinaria, imprevista, se vuelve ineficaz. Producida la ineficacia, y declarada, sus efectos son la inexigibilidad de la obligación, en algunos casos la restitución de lo pagado y el reembolso de los gastos en que hubiera incurrido el deudor para el cumplimiento frustrado.

En caso que el deudor y el acreedor han cumplido parte de su compromiso, cuando se produce la rescisión por frustración del fin del contrato, quedan firmes las prestaciones cumplidas. Dejamos aparte, que si se hubiera producido con motivo del cumplimiento de contrato, un enriquecimiento de uno de los contratantes cuyo esfuerzo fue menor que el de su co-contratante, habría devenido sin causa, y por efecto de la rescisión deberá reintegrarlo.

Si el acreedor –dueño de la acción o excepción de rescisión- hubiera cumplido con la totalidad de la prestación y el deudor debe parte de la suya, el deudor deberá restituir al acreedor la diferencia entre ambos cumplimientos. Si el deudor

debe la totalidad de la prestación, deberá restituir la totalidad de lo percibido con motivo del negocio.

Si ambos deben la totalidad de la prestación comprometida, quedan liberados de hacerlo.

Por último, si el deudor ha cumplido parte de la prestación, y el acreedor no ha cumplido la suya, éste debe pagar la proporción recibida.

Con el propósito de mantener la equidad del contrato, pensamos que si el deudor ha realizado gastos – indispensables – para cumplir el contrato, deben ser reembolsados por el acreedor. Este reembolso responde a una justa distribución del riesgo contractual.

3.3.1 La frustración del fin del contrato en los proyectos de reforma del Código Civil.

El primer intento de incorporar la figura a nuestro derecho positivo, es en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987.

El art. 1204, inc.1 ap. 6, del referido proyecto dice:

*“...La resolución puede también ser declarada:
1. Por frustración del fin del contrato, siempre que tal fin haya sido conocido o conocible por ambas partes, que la frustración provenga de causa ajena a quien la invoca, y no derive de un riesgo que razonablemente tomó ésta a su cargo en razón del sinalagma asumido...En estos casos la resolución se producirá al comunicarse fehacientemente la manifestación que la declare, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondieran”.*

El hecho que provoque la frustración del fin debe ser ajeno a quien lo invoca y no resultar de un riesgo propio del contrato o del asumido. No exige imprevisibilidad ni extraordinariedad como para alegar la excesiva onerosidad sobreviniente.

El Proyecto de la Comisión federal (Cámara de Diputados de la Nación) de 1993, lo incorpora en el artículo 1200 tercer párrafo, con el siguiente texto:

“Hay frustración del fin del contrato cuando los fines de dicho acto no pueden alcanzarse, debido a una alteración de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenidas por causas ajenas a las partes y, en todo caso, al riesgo asumido por la parte afectada. Tal alteración de las circunstancias ha de determinar la pérdida del interés que asiste al acreedor en el cumplimiento de las prestaciones, aunque éstas puedan ser de posible realización. La parte perjudicada podrá resolver el contrato comunicando su decisión a la otra parte en forma fehaciente. La resolución tendrá efectos retroactivos, salvo que se trate de prestaciones divisibles y equivalentes cumplidas, en cuyo caso ellas quedarán firmes. La parte que provoca la extinción del acto debe reintegrar a la contraparte los gastos que ésta hubiera realizado, sin perjuicio de que los jueces puedan reducir equitativamente el monto de dichas erogaciones, cuando la aplicación estricta de esta norma conduzca a notorias injusticias”.

La alteración de las circunstancias del contrato hábiles para provocar su extinción por frustración del fin, debe ser resultado de un hecho sobreviniente, ajeno a las partes y al riesgo asumido por la parte afectada.

El Proyecto de la Comisión del Poder Ejecutivo nacional de 1993, en su art. 943 dice:

“La frustración del fin del contrato autoriza a la parte afectada a resolverlo. Ello acaecerá cuando por un acontecimiento anormal, sobreviniente, ajeno a la voluntad de las partes, no provocado por alguna de ellas y no derivado del riesgo que la parte que la invoca haya tomado a su cargo, si impidiere la satisfacción de la finalidad del contrato que hubiese integrado la declaración de voluntad. Las prestaciones realizadas por cada una de las partes, que hubieran sido cumplidas y fueren equivalentes, quedarán firmes. No habrá indemnización por daños.”

La extinción del contrato por esta causal, requiere de un hecho anormal, sobreviniente, ajeno, no provocado y no derivado del riesgo asumido.

El Proyecto de Código Unificado de 1998, reguló la figura en el art. 1059:

“Frustración de la finalidad: Conforme lo previsto en el art. 953 la frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su rescisión, si tal frustración proviene de una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración y la alteración sobreviene por causas ajenas a las partes y excedentes al riesgo asumido por la que es afectada. La rescisión es operativa cuando ésta comunica su decisión extintiva a la otra....”

Remite al art. 953, que dispone:

“Necesidad de causa. La causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración, y subsistir

durante su ejecución. La inexistencia de la causa. O su insubsistencia, da lugar, según los casos, a la invalidez, a la adecuación o a la extinción del contrato o a la ineficacia de sus estipulaciones”.

La frustración del fin debe causarse en situación extraordinaria, sobreviniente, ajenas y excedente del riesgo asumido por la afectada.

En el Proyecto de reforma de 2012, hoy ley 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación, la institución se regula en el art. 1090:

“Frustración de la finalidad. La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su rescisión, tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la parte afectada. La rescisión es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria hay derecho a rescisión sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”.

La alteración apta para extinguir el contrato, debe ser consecuencia de una vicisitud extraordinaria, ajena a las partes, y superadora del riesgo asumido.

En lo que nos interesa, los cinco intentos legislativos coinciden en que el hecho desencadenador de la extinción del contrato por frustración del fin, debe ser ajeno a las partes y exceder el riesgo del contrato.

Los proyectos de 1993, de la Cámara de Diputados y del PEN, y el de 1998, agregan el carácter de sobreviniente. El

realizado por el PEN, además, que sea anormal y no provocado. Y el proyecto de 1998, exige un hecho extraordinario, como también lo consigna el proyecto de 2012.

La crítica a las normas proyectadas, sobre la definición del hecho que modifica las bases contractuales, es la omisión del requisito de imprevisibilidad, que como vimos pacíficamente exige la doctrina.

“Algunos han opinado que hubiere sido conveniente que se exigiere la imprevisibilidad absoluta del hecho frustrante (extraordinario e imprevisible) como se requiere para la excesiva onerosidad, pues ambas vicisitudes participan de este recaudo inexorable”¹⁵⁹.

La redacción de los dos artículos sucesivos, en el último proyecto, evidencian la relación de los dos institutos legislados. Y la identidad de los requisitos de la causa del desequilibrio que se pretende su remedio: una modificación extraordinario desde celebración del contrato, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por el contratante afectado.

Queda definida como un modo de extinción del contrato, como rescisión, por la declaración de la voluntad unilateral.

CAPITULO V.

¹⁵⁹Freytes, Alejandro E. “ *La frustración del fin de contrato y el Proyecto de Código*” Bs.As.,La Ley; año LXXVII nro.93, miércoles 22 de mayo de 2013.

Efectos del caso fortuito. El caso fortuito como eximente de responsabilidad, en el ámbito obligacional y aquiliano.

El caso fortuito o fuerza mayor, opera como eximente de responsabilidad civil, tanto en el ámbito contractual como en el aquiliano.

El Código Civil no contiene una norma abarcativa de ambos sistemas, sino que precisa el concepto y sus efectos, en el obligacional, en los artículos 513 y ss.

El art. 513 establece el carácter de eximente del *casus* y las tres hipótesis de excepción: “ *El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen en el incumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiera ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor*”.

Como el Código napoleónico, el codificador argentino – que cita en la nota en su art. 1148- no prevé una disposición que defina el *casus* en relación a los actos ilícitos.

La doctrina y jurisprudencia en general, no pone en duda la operatividad del *casus* como eximente de responsabilidad civil, en materia de actos ilícitos. En todos los supuestos se trata de su incidencia en la relación causal entre el hecho (causa) y el daño o incumplimiento (efecto).

El Código Civil y Comercial, en el Libro III, “Derechos personales”, Título V “Otras fuentes de las

obligaciones”, Sección tercera “Función resarcitoria” legisla el caso fortuito en el art. 1730 y la responsabilidad por casus en el art. 1733: *“Aunque ocurra el caso fortuito ,o la imposibilidad de cumplimiento el deudor es responsable en los siguientes casos a)si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad; b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento;c) si está en mora a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento;d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobreviene por su culpa;e) si el caso fortuito,y en su caso la imposibilidad de cumplimiento, que de él resulta constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o de la actividad; f) si está obligado a restituir como consecuencia del hecho ilícito”*

Algunos autores denominan “*relación de causalidad externa*” o “*física*” u “*objetiva*”, a este nexo entre la acción o inacción física del agente y el daño. La distinguen de la relación de causalidad interna, (moral o subjetiva), que dividen en imputabilidad de primer grado, o relación de voluntariedad, cuando el sujeto actúa con discernimiento, intención y voluntad, y de segundo grado, o relación de culpabilidad: actúa con intención, con dolo o culpa.

En las hipótesis en que se establece en forma objetiva la responsabilidad civil, no tiene incidencia la relación de causalidad interna, moral o subjetiva, para centrar la atribución de las consecuencias en el análisis de la relación de causalidad externa.

a. Caso fortuito y fractura del nexo causal.

Desde los comienzos de la filosofía occidental, la cuestión de la causalidad, de la relación causal, del principio causal, ha sido central; son numerosas, en la historia de la filosofía, las doctrinas sobre la causalidad y el principio causal, desde los presocráticos a la actualidad¹⁶⁰.

Incluso propuesto- por Spinoza- como axioma:
“De una causa determinada que se supone dada se sigue necesariamente un efecto, y por el contrario, si no es dada ninguna causa determinada, es imposible que se siga un efecto”.
*“El conocimiento del efecto, depende del conocimiento de la causa y le envuelve”.*¹⁶¹

El fenómeno de la causalidad se suele definir en la doctrina nacional, con conceptos de Mario Bunge, en sus tres acepciones: una categoría, un principio y una doctrina. Como categoría, la causación como conexión causal en general o nexo particular de causación. Como principio de causalidad, o ley de causación, que enuncia que la misma causa siempre tiene el

¹⁶⁰ Spinoza, Baruch de, *“Ética demostrada según el orden geométrico”*. Ed. Quadrata, axiomas III y IV, p.12.2005 Bs.As.

¹⁶¹ Spinoza, Baruch de. *“Ética demostrada según el orden geométrico”*. Ed. Quadrata, axiomas III y IV, p.12.2005 Bs.As.

mismo efecto. Y, como determinismo causal, que sostiene que todo ocurre según la ley causal.¹⁶²

El principio causal desde tiempo inmemorial y tradicionalmente, es uno de los principios fundamentales del entendimiento. El conocimiento de los hechos se funda en la relación causa efecto.

David Hume innova con una crítica a la idea de causalidad; sostiene que se la concibe como una “conexión necesaria” entre dos hechos, según la cual, conocida uno se puede deducir el otro y viceversa. Pero la relación o principio es la habitualidad en la sucesión de ambos hechos, y de la repetición de la relación, inferimos el conocimiento, que deviene enteramente de la experiencia.

*“Tous les arguments relatifs à l’existence se fondent sur la relation de cause à effet;...notre connaissance de cette relation dérive entièrement de la expérience...La question est avouez que ce n’est pas le raisonnement qui nous engage à supposer que le passé ressemble au futur et à attendre des effets semblables de causes que sont d’apparences semblables.”*¹⁶³

John Locke, observa: *“Al percibir nuestros sentidos las constantes vicisitudes de las cosas no podemos por menos de observar que varias cosas particulares, cualidades o sustancias, empiezan a existir y reciben su existencia de la*

¹⁶² Bunge, Mario. “Causalidad. “El principio de la causalidad en la ciencia moderna”-3q ed. Eudeba, Bs.As. 1972,p 367.

¹⁶³ Hume, David. “L’Entendement .Traité de la nature humaine” p.99.ed.GF-Flammarion. Francia.1983.

debida aplicación y operación de algún otro ser. De esta observación obtenemos nuestras ideas de causa y efecto”.¹⁶⁴

Hume, antes Locke, consideran el principio causal, como caudal de probabilidades, sugeridas por la experiencia, el hábito o la costumbre. Por ello, sólo puede aplicarse al pasado.

La idea de una “conexión necesaria” entre la causa y el efecto es una idea falsa, de lo único que tenemos impresión, en los sentidos externos, es de la sucesión de los hechos. Es la repetición habitual de esos hechos, los que nos hacen conocer que se repetirán. De los hechos futuros, no tenemos impresión alguna, nos dice el autor. La razón no puede ir más allá de la experiencia y si bien contamos con la que hechos futuros sucederán, por inferencia causal, no pasa de ser una creencia.

Hasta fines del siglo XX, durante 25 siglos, el causalismo fue el método filosófico-científico para el conocimiento de las cosas. Se sostiene una cadena de relaciones causales, si bien válidas durante tramos limitados, que se destruye por la convergencia, la ramificación o la discontinuidad. *“El principio causal, en suma, no es ni una panacea ni un mito: es una hipótesis general subsumida en el principio universal de determinación y que tiene una validez aproximada en su propio dominio.”*¹⁶⁵

¹⁶⁴ Locke John. “*Ensayo sobre el entendimiento humano*” (compendio). Ed. Aguilar 1963. Cap. XV, p.119.España.

¹⁶⁵ . Spinoza, Baruch de .”*Ética demostrada según el orden geométrico*”. Ed. Quadrata, axiomas III y IV, p.12.2005 Bs.As.

A partir de los estudios de la llamada Escuela de Palo Alto, (California. EEUU), se emprende el camino de la lógica de la complejidad, como opuesta a la simplicidad, que caracteriza a la relación de causalidad. A la simplicidad, a la linealidad de lo singular, único, se le opone la pluralidad, la diversidad y la no-univocidad.

La simplicidad se expresa, en su forma más abstracta, en la forma del principio de causalidad. Y durante un tiempo bastante largo (en realidad 25 siglos), la causalidad fue, en cada caso, singular, determinada; y ciertamente lo que con Aristóteles aprendimos como “causa eficiente” y que devino en “causa” sencillamente.”

“Como es conocido, el pensamiento de la simplicidad es reductivo, o lo que es equivalente, reduccionista. Y precisamente por ser reduccionista, el estudio del mundo en términos del principio de causalidad corresponde exactamente a un procedimiento regresivo, en el sentido de que el conocimiento de las causas o la determinación de las mismas conduce a su vez, cada vez, retrospectiva o retroactivamente, hacia atrás, y así efectivamente, el problema conduce a la pregunta por la causa última o primera; un problema que tiene el riesgo grande de afirmar ad hoc una concepción creacionista de la ciencia y del conocimiento, un problema enormemente grande y crítico para la filosofía de la ciencia, en general.”¹⁶⁶

De acuerdo con el principio de causalidad, la causa es exterior y ajena al efecto, de tal suerte que el

¹⁶⁶ Maldonado, Carlos E. “Esbozo de una filosofía de la lógica de la complejidad.” Publicado en “Visiones sobre la complejidad”, 2º ed. Colección “Filosofía y Ciencia” nro.1, Santafé de Bogotá. Editor y coautor. www.carlosmaldonado.org

conocimiento pleno o suficiente de la causa nos permite anticipar o determinar el efecto.

Sin embargo, la historia reciente de la ciencia y la lógica ha venido a mostrarnos que, además del principio mencionado, que es en realidad el principio clásico de causalidad, existen dos situaciones adicionales, así: de un lado, se trata del aprendizaje reciente según el cual una sola causa puede tener más de un efecto y, de otra parte, varias o múltiples causas pueden producir un solo y mismo efecto.¹⁶⁷

De la simplicidad de la relación causal, expresada en el principio de que a una misma causa, corresponde el mismo efecto, la lógica de la complejidad, sostiene, que una causa puede tener distintos efectos y un efecto diversas causas.

Esa concepción compleja del nexo causal, nos condiciona una connotación más amplia del concepto de caso fortuito, es decir, de aquel hecho o circunstancia que modifica o direcciona en algún circuito la cadena causal plural o compleja.

“Durante milenios, desde Aristóteles pasando por Descartes y Newton hasta el pasado reciente, este pensamiento causal construye (con el concepto del espacio tridimensional y con el concepto del decurso regular del tiempo) no sólo la imagen del mundo científico, sino también la imagen social. De este pensamiento derivan también en última instancia los conceptos occidentales de responsabilidad, de derecho y de

¹⁶⁷ Maldonado, Carlos E. “Esbozo de una filosofía de la lógica de la complejidad.” Publicado en “Visiones sobre la complejidad”, 2º ed. Colección “Filosofía y Ciencia” nro.1, Santafé de Bogotá. Editor y coautor. www.carlosmaldonado.org

culpa, de moral, de estética, y de ética y sobre todo los conceptos de lo verdadero y lo falso”¹⁶⁸.

Con este aporte al pensamiento causal, podemos aventurar que un hecho es fortuito, cuando estadísticamente se determina una probabilidad ínfima de que el hecho suceda. Y que cuando más extenso sea el tiempo y el espacio comprendido en el cálculo, hay menor probabilidad de que el hecho sea un “*casus*”.

A modo de ejemplo para asegurar el razonamiento expuesto tomemos el devenir y los vaivenes del valor de la moneda en nuestro país. (dimensión de espacio).

Si consideramos el período que va desde el año 1890 a la actualidad, la desvalorización de la moneda, es un hecho que estadísticamente, podemos afirmar que es de mínima probabilidad de sucesión. En cambio si analizamos, en el mismo espacio (nuestro país) el lapso de tiempo – menor- que va desde 1970 a 2012, el mismo hecho – la depreciación del dinero nacional- es un hecho que tiene probabilidades ciertas de suceder. En el primer análisis, puede considerarse fortuito; en el segundo ya no lo es, porque deviene probable estadísticamente o sea, previsible.

El artículo que cito es elocuente:

“Para tener una idea de magnitud voy a comenzar diciendo que desde el 1ero de Enero de 1970 hasta hoy le hemos

¹⁶⁸Watzlawick, Paul. “*La realidad inventada*”. “*Efecto o causa ?*” p.57 y ss. ed. Gedisa .6ª edición. España.2005.

quitado 13 ceros a nuestra moneda, eso quiere decir que \$ 1.- (un peso) de los actuales equivale a 10.000.000.000.000.- si está bien, diez billones de pesos moneda nacional, moneda ésta que funciono hasta el 31-12-de 1969, si esta cifra casi incomprensible no marca la magnitud de la inflación endémica que padece nuestro país, podemos agregar que desde 1945 hasta 1992 solamente en 3 años hubo una inflación anual menor al 10% , y fue en 1953 4% en 1954 3,8% y en 1969 7,6% anual.-

Excluyendo esos tres años mencionados anteriormente, podemos decir que la inflación promedio desde 1945 hasta el 31-12-de 1988 fue del 77,37% anual acumulativo, después aparece el año hiperinflacionario, el 4.983% en 1989,1350% en 1990 y el 84% en 1991.

Aparece la convertibilidad y en los diez años que duro, la inflación total fue del 35,18% o del 3,1% anual promedio, en el 2002 una devaluación del 400% origina una inflación del 41,9%, el periodo del 2003 al 2006 la inflación promedio fue del 7,36% anual, en estos años el BCRA debía emitir dinero comprando la oferta excedente de dólares para que su precio no bajase, es decir cuando la inflación es “civilizada” la gente no piensa en dólares.-

Después comienza una inflación creciente 16% 19% 16,2% 22,3 y 25,3% datos estos del 2007 al 2011, y proyectando los datos de los primeros 5 meses la inflación alcanzaría el 26% anual en el 2012, según datos de índices provinciales, y tomando el valor del dólar promedio de los años 2003 al 2006 y

ajustándolo por inflación interna y restándole la inflación de U.S.A. tenemos que el dólar hoy debiera estar en \$ 6,36, evidentemente la sensación que el valor de 4,51 es “barato” mas todo lo descripto de lo ocurrido desde 1945 hasta hoy, no hace falta mucho para despertar el miedo a la inflación y tratar de protegerse de la misma, recurriendo al dólar .-

*Como conclusión una frase de John Kenneth Galbraith “Cuando el dinero es malo, la gente quisiera que fuera mejor, cuando es bueno, ...la gente piensa en otra cosa”.*¹⁶⁹

Lo expuesto impone, la distinción entre la causalidad material o física y la jurídica, que se encuentra implantada en determinado tiempo y espacio. En definitiva, y parafraseando a Kant, el hombre impone sus leyes a la materia.

Si sabemos que en el mundo físico, una causa puede tener varios y distintos efectos y un efecto múltiples y diferentes causas, aun restringiendo en tiempo y espacio el análisis, en el ámbito jurídico, la causalidad deviene de la elección de la calificación de un hecho como generador de determinado evento.

Y será fortuito, (*casus*) el que irrumpa en la cadena causal establecida, fracturándola, cuando estadísticamente hubo una ínfima probabilidad de que suceda, configurando una nueva relación causal con el incumplimiento.

¹⁶⁹ Biondini, Oscar, “El problema no es el peso...es la inflación” .”Tiempo Industrial” nro. 52, 7/2012; B.Bca. La Nueva Provincia, mayo 2012.

b. Caso fortuito e incumplimiento obligacional.

El hecho *–casus–* debe ser causa del incumplimiento para que opere como eximente de responsabilidad. Entre el caso fortuito y el incumplimiento, la conexión debe constituir una relación de causalidad, para eximir de responsabilidad al deudor por el incumplimiento de la obligación.

El hecho estadísticamente de improbable sucesión, puede causar el efecto sobre la obligación de tornarla imposible de cumplir o de cumplimiento excesivamente gravoso. Creemos que en ambos casos, se aplica la causal de eximición de responsabilidad por caso fortuito.

O lo que es lo mismo: cuando la obligación deviene de cumplimiento imposible, material o jurídicamente, o cuando su cumplimiento lesiona la buena fe, la moral o las buenas costumbres, y reconoce como causa un hecho que estadísticamente era improbable que sucediera, el deudor queda exonerado de responder por el incumplimiento, por caso fortuito; podemos arriesgar que la improbabilidad apuntada es la que trae como corolario los restantes requisitos de imprevisibilidad, inevitabilidad, extraordinariedad, sobreviniencia, y actualidad,

El *casus* puede operar en el incumplimiento relativo, en el retardo en el cumplimiento de la prestación, en cuyo caso impide la mora deudor. El deudor que cumple tardíamente, queda de ese modo eximido de las consecuencias dañosas del retardo en el cumplimiento de la obligación.

Los efectos eximentes del caso fortuito, se extienden, así tanto al incumplimiento absoluto como relativo de la obligación, impidiendo en nacimiento de la obligación de resarcir. En el ámbito obligacional, el *casus* excluye la responsabilidad del deudor en la fase de la deuda. Una vez que hay mora, cuando la obligación entra en la fase de la responsabilidad, el deudor carga con las consecuencias del caso fortuito.

El art. 513 del Código Civil, que abarca los supuestos de “incumplimiento de la obligación”, es decir en el ámbito obligacional, formula en su primera parte, un principio general: *“El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen en el incumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor”*.

A continuación establece las excepciones al principio sentado, definiendo el caso en que el deudor asume las consecuencias del *casus* y que la mora – la faz de responsabilidad- no otorga operatividad al caso fortuito, impidiendo su invocación como eximente al deudor moroso.

Dice la segunda parte del art. 513 del Código Civil, que se aplica en el ámbito obligacional el principio general: *“ a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiera ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor”*.

Las hipótesis previstas son que medie un pacto de responsabilidad del *casus*, o culpa que destituya el carácter de *casus* al evento o que el deudor esté en mora en el cumplimiento de la obligación, y ésta no se haya provocada por caso fortuito.

El art. 1733 del C.C.C. a los casos de excepción a la regla del art. 1730 (513 C.C.), incorpora cuando una ley le carga con el *casus*, cuando es propio del riesgo de la cosa o la actividad y si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito.

Son los supuestos ya previstos por el derecho romano, y que se mantienen en la codificación del siglo XIX.

Destacamos que fueron los romanos quienes – sin precisar una definición del caso fortuito- previeron las excepciones a la eximición de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor: el pacto en contrario, cuando el caso fortuito era producto de dolo o culpa del deudor, y cuando se producía luego de la mora del deudor.

Los glosadores desarrollan estos casos de exclusión del principio general. De las fuentes de nuestro ordenamiento civil, el Código de las Siete Partidas de Alfonso X, incorpora el supuesto de excepción de la exoneración de responsabilidad en el incumplimiento contractual, cuando el riesgo del caso fortuito es del álea del contrato.

En la legislación actual, es, quizás, destacable la noción que adopta el Código Civil Portugués de 1966, que reduce el esquema a dos hipótesis de excepción a la regla de exoneración por caso fortuito: si media convención de partes o por disposición de la ley.

Pensamos que esta reducción a la vez amplía el espectro, en una doble vía. Una, abarcando otros supuestos en los cuales el deudor está impedido de invocar el *casus* para liberarse de responder por el incumplimiento; en las obligaciones de resultado agravado, en los que es la ley la que dispone que

género de hechos son liberatorios del deudor; en los comprendidos en las responsabilidades especiales, como la del hotelero, del transportista, del poseedor de mala fe o del empleador. Otra, cubriendo en una norma general la posibilidad de excepcionalidad a la liberación de responsabilidad por *casus* en el ámbito aquiliano. Tal la prevista en la segunda parte del art.905 del Código Civil argentino: imputa las consecuencias casuales al ejecutante cuando “*debieron resultar según las miras que tuvo al ejecutar el hecho*”.

En nuestro sistema, en la órbita contractual, como derivación de uno de los pilares que sostienen la teoría del contrato, el principio de autonomía de la voluntad, los contratantes pueden modificar el sistema de la responsabilidad, reduciéndola o agravándola.

Se denomina “pacto de responsabilidad” aquél acuerdo por el cual el deudor de una obligación asume la responsabilidad por consecuencias que van más allá del régimen de los artículos 520 a 522 del Código Civil asumiendo el *casus*. La responsabilidad del deudor se ve agravada por la asunción convencional de las consecuencias del caso fortuito.

La validez de estos pactos, es aceptada en forma conteste por la doctrina nacional, además de por ser una derivación del principio de autonomía de la voluntad, por estar previstos en el ordenamiento positivo, en el art. 513 del Código Civil, y 1733 del C.C.Cque analizamos y, también en el art. 889 del C.C.. Esta última norma, prescribe la responsabilidad del deudor de pagar daños e intereses cuando la prestación a la que estaba obligado, se torne imposible “*...si éste se hubiere hecho responsable de los casos fortuitos o de fuerza mayor, sea en*

virtud de una cláusula que los cargue con los peligros que por ellos vengan... ”. (art.889 C.C.).

El límite a la autonomía de los contratantes para disponer del régimen de responsabilidad contractual, es el valladar mismo del principio: la no colisión con el orden público. Solo se puede disponer, de aquello que el sistema jurídico no haya tornado indisponible, por violatorio del conjunto de principios que lo organizan.

En consecuencia podemos sostener un límite para la validez de las cláusulas de asunción de responsabilidad por caso fortuito, cuando se incorporan a un contrato de adhesión a cláusulas predispuestas, o, en general en el ámbito del derecho del consumo. (ley 24.240, art. 42 CN), con fundamento en que resultan violatorias del orden público económico. Ello, si la cláusula en cuestión se considera abusiva de la posición dominante del contratante proveedor, pero en el mismo sentido, será válida, si el contratante débil obtuvo una ventaja equivalente al agravamiento de su responsabilidad.

La doctrina nacional, analiza la forma y extensión del pacto de responsabilidad, a la luz de la comprensión de que la asunción de las consecuencias fortuitas, constituye una renuncia al derecho del deudor de invocar el caso fortuito, para liberarse de la faz de responsabilidad de la obligación. (arts. 868 y ss. del C.C.y art.1733 C.C.C.).

Con esa premisa, y el argumento del art. 874 del Código Civil, se sostiene que la asunción de responsabilidad mediante una cláusula convencional debe ser una manifestación expresa en el contrato, no aceptándose su derivación tácita de otras cláusulas del acuerdo. Ello, pues por resorte del artículo

citado “*la intención de renunciar no se presume, y la interpretación de los actos que induzca a probarla debe ser restrictiva*”. (art.874 C.C.).

Señalamos que alguna doctrina, sostiene que el argumento del art. 874 del C.C., es interpretado erróneamente, pues “*no se refiere a la forma de la renuncia, sino que sienta una regla de interpretación...*”.¹⁷⁰

Con esa base, exige no una declaración expresa, sino que surja de modo inequívoca la voluntad del deudor de asumir el *casus*. Cita en apoyo, que es opinión doctrinaria, que no es dable exigir para la existencia y operatividad de la novación, que se manifieste en forma expresa, frente a la regla del artículo 812 del Código Civil, que impone la prohibición de presumir la novación. El art. 934 del C.C.C. prescribe que “*la voluntad de novar no se presume*”.

La amplitud de la cadena consecucional que abarca el pacto, puede resultar precisada en el contrato. En unos supuestos que la doctrina denomina cláusulas de responsabilidad, el deudor asume determinadas consecuencias fortuitas (p. ej. los efectos dañinos de las tormentas, lluvias, terremotos etc.). En otros, llamadas de garantía, el deudor asume derechamente las consecuencias del *casus*.

En este caso, la doctrina sostiene que la asunción del *casus*, o garantía, sólo comprende los caracterizados como ordinarios, quedando excluidos los extraordinarios, los que

¹⁷⁰ Gianfelici, M.C. “*Caso Fortuito y caso de fuerza mayor*”,Bs.As., Ab.Perrot, ed.1995, pág.166/7.Nota 525.

eximirían de responsabilidad al deudor aunque hubiera asumido convencionalmente las consecuencias del *casus*.

Señalamos que en el derecho romano, se distinguió entre casos fortuitos extraordinarios y ordinarios, sólitos e insólitos y que esta distinción se plasmó en el *Code*, (art.1773), el Código italiano de 1862, (art.1621), y Código español (art.1575), todos en relación al contrato de arrendamiento.

Nos interesa el texto del artículo 1773 del Código Napoleónico, pues es citado por Velez en la nota al artículo 514 del Código Civil: “*La estipulación que pone los casos fortuitos a cargo del tomador de una hacienda de labranza, no se entiende sino en los casos fortuitos ordinarios, tales como el granizo, el hielo, la seca y no de los casos fortuitos extraordinarios, como la guerra, los terremotos, etc.*”.

La ley 13.246, de arrendamientos rurales (hoy derogada por la ley 22.298), tomando la distinción, expresaba “*caso fortuito o fuerza mayor que implique riesgos no asegurables*”.

También lo hace el artículo 1557 del Código Civil argentino, que para el arrendamiento de predios rústicos establece: “*En los arrendamientos de predios rústicos no podrá exigir el locatario remisión total o parcial de las rentas, alegando casos fortuitos ordinarios o extraordinarios que destruyan o deterioren las cosechas*”.

Consideramos que el caso fortuito, para constituir eximente, debe ser siempre extraordinario. Por ende, no cabe distinguir entre hechos fortuitos extraordinarios u ordinarios, sino que su ocurrencia sólita o insólita, deberá apreciarse en cada

caso, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de las personas, de tiempo y de lugar. La distinción es una cuestión de hecho, no pudiendo establecerse una regla general. Un hecho puede ser extraordinario en un lugar y no serlo en otro, como los desastres naturales que se producen periódicamente en determinado lugar y no en otro.(ej.: los huracanes del Caribe).

Los autores que distinguen entre caso fortuito ordinario y casi fortuito extraordinario le otorgan, una consecuencia práctica, en los casos de cláusulas de garantía y sostienen que el deudor que toma a su cargo las consecuencias del caso fortuito, se exonera si el *casus* tiene la característica de extraordinario. (art. 513 C. Civil y art.1733 C.C.C.).

Es en este supuesto, el de la existencia de un pacto de garantía en el contrato, donde puede ser relevante la ordinariedad de la ocurrencia del *casus*. Su categorización devendrá del análisis de sus circunstancias de tiempo, lugar y de las personas; para que su sucesión impida que opere la eximente, deberá resultar ordinario. Si, por el contrario el hecho aparece como extraordinario, eximiría al deudor de las consecuencias del incumplimiento por caso fortuito.

Puede establecerse también, una cláusula de irresponsabilidad, en el marco del art. 1197 del Código Civil,y 959 del C.C.C., que exprese que el deudor no responderá por el *casus* específico.(ej.: inundación). En tal caso, la importancia práctica de su consignación es que acaecido el caso fortuito establecido, (la inundación), el deudor sólo debe probar el hecho, y no su carácter fortuito, porque ya quedó acordado que sucedido el hecho determinado, el contratante queda liberado.

En síntesis, en materia contractual, como corolario del principio de autonomía de la voluntad, el régimen de responsabilidad es disponible por las partes contratantes, con el límite de la invulnerabilidad de las disposiciones de orden público del sistema. De tal manera que los contratantes pueden agravar o limitar su responsabilidad por las consecuencias del incumplimiento. Y, en otros supuestos, por razones de política legislativa, la extensión de la carga de la responsabilidad del deudor, es agravada o limitada, en determinadas obligaciones. En ambos casos, se ve modificado el régimen de irresponsabilidad del deudor por el *casus*.

El caso fortuito provocado por el deudor, “*casus dolo vel culpa determinatus*”, aparece como una contradicción, para la doctrina que sostiene que el *casus* es la ausencia de culpa, pues si hubo culpa, no hubo *casus*. Y también para quienes opinamos que el *casus*, opera en la cadena causal, pues si hubo culpa del agente, la causa del hecho ya no es el *casus*, sino su actividad culpable. No se trata entonces, de una excepción a la regla general de irresponsabilidad por caso fortuito.

La doctrina argentina ha criticado la excepción que supone culpa del deudor en la producción del *casus*, sosteniendo que el *casus*, es por definición negativa, es la no-culpa, no puede haber *casus* por culpa, pues ello implica sostener la existencia de no-culpa por culpa; proponen la supresión de este supuesto.

Aunque otra doctrina, en un intento interpretativo, sostiene que el hecho por el cual el deudor responde por culpa,

en este supuesto, no se trataría de un verdadero caso fortuito, sino simplemente de un hecho fortuito.¹⁷¹

El tercer supuesto de excepción a la liberación del deudor por el caso fortuito, es cuando incurre en mora. Cuando la obligación transita la faz de responsabilidad, nace la operatividad al caso fortuito, impidiendo su invocación como eximente al deudor moroso. La mora es entonces la llave de la responsabilidad del deudor obligacional por caso fortuito.

La norma del art. 513 y la del 1733 C.C.C., establecen la salvedad de que la mora no debe ser consecuencia del caso fortuito. Vale la dificultad de aplicación del supuesto señalada con relación a la excepción llamada “*casus dolo vel culpa determinatus* “. En tanto si media culpa del agente en la demora en el cumplimiento, no hay hecho fortuito. Si el sustrato material de la mora - la demora en el cumplimiento de la obligación- es consecuencia de un hecho que reúne los caracteres del *casus*, no media factor de atribución al agente, luego no puede nacer la mora, como desencadenante de la responsabilidad por el hecho fortuito.

El incumplimiento relativo de la obligación, el retardo en el cumplimiento, para constituir mora requiere que le sea imputable al deudor, que opere un factor de atribución de responsabilidad en esa falta. Por lo que si hay mora, no hay *casus*.

De lo expuesto, resumimos que en el ámbito contractual, no opera el *casus* como eximente, en el caso de que el deudor haya asumido sus consecuencias o se encuentre en

¹⁷¹ Alterini A.A.-Lopez Cabana Roberto M. “*Enciclopedia de la responsabilidad Civil*” T.II C, p. 109.,Bs.As.,ed. Ab.Perrot

mora. El deudor en mora responde por el deterioro o pérdida de la cosa debida, acaecida por caso fortuito. La excepción a esta responsabilidad de excepción por el caso es cuando el daño se hubiera producido igualmente si la cosa estuviera en poder del acreedor. El artículo 892 del Código Civil, en materia de imposibilidad de pago, dice: *“El deudor cuando no es responsable de los casos fortuitos sino constituyéndose en mora, queda exonerado de pagar daños e intereses, si la cosa que está en la imposibilidad de entregar a consecuencia de un caso fortuito, hubiese igualmente perecido en poder del acreedor”*. El mismo criterio impone el art. 1733 inc. c) del C.C.C., sobre la *“mora indiferente”*

La legislación, por razones de política legislativa, establece otros supuestos de excepción al principio general de irresponsabilidad por caso fortuito.

Tal el caso del poseedor de mala fe, que responde por los daños que sufra la cosa, aun por caso fortuito. Sólo se libera si prueba que la cosa hubiera sufrido el daño igualmente en poder del dueño. (art.2435 C.C.). El art. 789 del Código Civil dispone que quien recibe una cosa en pago que no le es debida (poseedor de mala fe), responde por su deterioro o pérdida por caso fortuito, salvo que demuestre que *“el deterioro o pérdida de ella hubiera también sucedido , estando en poder de quien la entregó”*. En coincidencia con la regla del artículo 892 del Código Civil, el poseedor de mala fe se libera de la responsabilidad por el *casus*, si el daño en la cosa hubiera producido igualmente estando ésta, en manos del acreedor.

El Código Civil y Comercial, en el mismo art. 1733, contiene la norma que el obligado a restituir como consecuencia

de un hecho ilícito, carga con las consecuencias del casus. El art. 1936 del C.C.C., dispone que el poseedor de mala fe responde por la destrucción total o parcial de la cosa, salvo que se hubiese producido igualmente en poder de quien tiene el derecho de restitución y el poseedor vicioso responde aun si igualmente el daño se hubiera producido en manos de quien tiene derecho a restitución. El comodatario responde por las consecuencias del casus, *“excepto que pruebe que habrían ocurrido igualmente si la cosa hubiera estado en poder del comodante”*. (art.1536 C.C.C.

b.1. La mora irrelevante o intrascendente. El art. 892 del Código Civil.

“El deudor cuando no es responsable de los casos fortuitos sino constituyéndose en mora, queda exonerado de pagar daños e intereses, si la cosa que está en imposibilidad de entregar a consecuencia de un caso fortuito, hubiese igualmente perecido en poder del acreedor” dice el art. 892 del Código Civil.

Por aplicación de esta norma, la mora del deudor no tiene consecuencias con relación a la exoneración por caso fortuito, cuando éste provoca la imposibilidad de cumplimiento, por pérdida de la cosa debida y ésta hubiera igualmente perecido en manos del acreedor.

Esta excepción a la excepción sentada por el artículo 513 del Código Civil, requiere que la obligación sea de dar una cosa cierta, o incierta determinada dentro de un número de cosas ciertas, y que *“se haya destruido completamente o que se haya puesto fuera del comercio o que haya desaparecido de*

un modo que no se sepa de su existencia”(art. 891 y 893 C.C.). Y que el deudor no haya asumido las consecuencias del *casus*.

En el caso de las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, determinadas sólo por su especie, “*el pago nunca se juzgará imposible y la obligación se resolverá siempre en indemnización de pérdidas e intereses*”(art.894 C.C. y art.763 del C.C.C.).

Asumimos que el caso fortuito, es una causal de exoneración del deudor, que no extingue la obligación, salvo en algún supuesto de imposibilidad de cumplimiento. En los restantes (art. 894 C.C.), la obligación subsiste, pues siempre es posible cumplir; pero si el deudor se viera impedido de cumplir por el *casus*, en relación causal, quedaría liberado de la indemnización de los daños e intereses.

Si la mora del deudor, tiene como consecuencia cargar con la pérdida de la cosa con causa en el *casus*, que es un hecho que le es ajeno, pero se libera si la cosa se hubiera perdido igualmente en manos del acreedor, en la mayoría de las hipótesis de responsabilidad posible, el deudor moroso no responde por el *casus*. Porque la cosa se pierde por un hecho imprevisible, inevitable, extraño a la esfera de poder del deudor, lo que implica que en la mayor parte de los supuestos, se perdería igualmente en manos del acreedor. Porque la causa de la pérdida es el *casus*, y este acaece con independencia de quien detente la cosa. (art.892 CC y art.1730 inc. c del C.C.C.). Dejamos a salvo las disposiciones del art. 1936 del C.C.C. sobre la responsabilidad por destrucción del poseedor de mala fe y el poseedor vicioso.

Distinto es cuando el caso fortuito libera al deudor pero no provoca la pérdida de la cosa, sino la

imposibilidad –total o relativa – de cumplir. En el caso citado (pág. 65) “*Fibrosa Spolka Akcyjna v. Lawson Combe Barbour Ltd.*”, las partes contrataron la entrega de unas máquinas fabricadas en Inglaterra para ser entregadas en Polonia. Con motivo de la guerra, no pueden ser entregadas y el Tribunal ordena restituir lo pagado.

Si defendemos que el deudor moroso carga con las consecuencias del *casus*, salvo el supuesto de mora irrelevante, en el supuesto de “Fibrosa” la liberación del deudor en la entrega de las máquinas sólo operaría, no estando en situación de mora al tiempo de la declaración de la guerra.

Es posible distinguir el efecto de la mora en relación al *casus*; 1. según el objeto de la obligación (arts.891 a 894 C.C.), 2. si provoca la pérdida de la cosa, 3. si causa la imposibilidad de cumplir,⁴ . si esa imposibilidad es absoluta o relativa.

En materia contractual, el hotelero responde por los daños o pérdidas de los efectos introducidos por los viajeros, en su establecimiento, y no se libera por caso fortuito. (art. 2230 y 1118 del Código Civil). El artículo 1119, la extiende esta responsabilidad a los capitanes de buques y agentes de transporte terrestre. En el Código Civil y Comercial se establece que el hotelero se libera “*por caso fortuito o fuerza mayor ajena a la actividad hotelera*”

Señalamos que la legislación especial, el artículo 184 del Código de Comercio, exime al transportista de la responsabilidad por el daño sufrido por los pasajeros si prueba “*que el accidente provino de fuerza mayor*”.

La ley de accidentes de trabajo, 24.018, establece la presunción de responsabilidad del empleador por los daños sufridos por el trabajador por el hecho o en ocasión del trabajo y en itinere, en el trayecto de su domicilio al trabajo; pero se exime por “*fuerza mayor extraña al trabajo*”. (art. 2 y 3).

c.El caso fortuito y la culpa.

El derecho romano justiniano adopta el concepto subjetivo del *casus*, como ausencia de culpa. En el derecho español, el Fuero Juzgo y las Siete Partidas consideran el caso fortuito como ausencia de culpa o negligencia. El derecho alemán actual – entre otros-adhiere al concepto negativo, que identifica la ausencia de culpa con el caso fortuito. Donde termina la culpa empieza el *casus*.

En el fin de la antigüedad, el medioevo y las codificaciones modernas, se identifica, entonces, el *casus* con la ausencia de culpa. El derecho anglosajón, si bien se invierte el principio de responsabilidad aun por *casus*, en materia contractual (*warranty*), viró jurisprudencialmente, hasta establecer la causal eximente de responsabilidad – y también en el ámbito extracontractual- de la ausencia de culpa y del hecho inevitable. (*casus*).

Y ello es coherente con el hecho de que la culpa campeaba en todo el sistema de responsabilidad civil.

Como desarrollamos anteriormente, en el Capítulo III, la opuesta, la concepción positiva u objetiva del caso fortuito, se centra en los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor: la imprevisibilidad y la inevitabilidad.

En esta comprensión se enrola el artículo 514 de nuestro Código Civil y el artículo 1730 del C.C.C.. En forma similar, el Código Civil español en su artículo 1105, que dispone: “ *nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos fueran inevitables*”.

En la legislación más moderna se establece como principio general la exoneración de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor, entendido con un criterio objetivo o positivo, (connotándolo por sus requisitos) y, otros supuestos, como eximente diferente del *casus*, prevé la liberación por ausencia de culpa.

Recordamos los despachos de las V Jornadas rafaelines de 1978:

“2. *Despacho a: El caso fortuito o fuerza mayor interrumpe el nexo de causalidad entre la conducta del agente y el daño. (Brebbia, Compagnucci de Caso, Kemelmajer de Carlucci, Goldenberg),*

Despacho b: El caso fortuito es, en rigor, un hecho extraño; ello equivale a decir que su “autor” es otro. Falta, en consecuencia, el presupuesto de la autoría y, por ende, la relación de causalidad entre el daño y el presunto responsable. (Mosset Iturraspe, Garrido).”

Así queda fuera de cuestión que el *casus* y la ausencia de culpa son eximentes distintas, y que si hay hecho fortuito, no cabe entrar en el análisis de la culpa, porque lo que

está ausente en el primer caso, es la relación causal entre la actividad del sujeto y el daño o incumplimiento.

La distinción entre ambas eximentes es trascendente por sus consecuencias y efectos. En un caso, para que opere la liberación del deudor, se debe probar la inexistencia de la causalidad (conexión externa) y, en el otro, la ausencia de culpa. (conexión interna). En un caso la responsabilidad del deudor va más allá de la ausencia de culpa (responsabilidad objetiva) y en el otro, le basta para eximirse, la ausencia de culpa.

Enrolados en la posición que sostiene que el *casus* como eximente de responsabilidad debe producir la fractura del nexo causal, nada importa el análisis de la culpa del deudor, mejor dicho, la inexistencia de causalidad impide la existencia misma de la culpa, porque no hay autoría.

Esta comprensión, revitaliza las nociones de obligaciones de medio y obligaciones de resultado. En la definición negativa o subjetiva del hecho fortuito, la distinción pierde relevancia, pues en todos los casos, lo que importa es la ausencia de culpa del deudor. En cambio, en un análisis como el propuesto, en las obligaciones de medios, el deudor se libera probando que de su parte no hubo culpa, mientras que en las obligaciones de resultado, para eximirse de responsabilidad debe probar que no hay relación de causalidad entre su obrar y el daño a reparar o, mejor dicho, que el resultado dañoso o incumplimiento es consecuencia del *casus*.

Es relevante en materia de la atribución de responsabilidad en forma subjetiva u objetiva. En el primer caso, se trata de la liberación por falta de dolo o culpa, en el segundo

caso, se exime el deudor con la prueba de que la causa del daño le es ajena.

Claro que queda por pormenorizar si es totalmente posible el análisis de la relación causal, con independencia del factor subjetivo. Los fenómenos de la realidad no aparecen en forma lineal, sino más bien compleja, lo que impone cierta relatividad en las doctrinas. Así lo demuestra la redacción del artículo 905 del Código Civil argentino, que impone las consecuencias casuales, cuando el autor las ha tenido en mira. En este supuesto, el análisis causal, no puede desligarse de la subjetividad del agente.

En apoyo de la relatividad de la aplicación de la doctrina que afirma que la noción de culpa es ajena al *casus*, destaco que aun los autores que la sostienen enfáticamente, aceptan la concurrencia del *casus* con la culpa. Es decir la fractura parcial del nexo causal. Este razonamiento implica admitir que de todas las circunstancias que se deben reunir para la producción del daño a reparar, confluyen más de una hábil para producirlo.

Cuando concurren el *casus* y la culpa, la responsabilidad del agente se atenúa por y a medida de la incidencia causal del evento. Aquí el caso fortuito, actúa como eximente parcial de las consecuencias del actuar del sujeto.

Del mismo modo debemos considerar la concurrencia del *casus* y el riesgo creado, pues la responsabilidad es la misma ya sea que se atribuya en forma subjetiva u objetiva. (por dolo o culpa o por el riesgo).

Si bien se afirma que “ *si se desvanece la autoría, resulta superfluo e innecesario indagar sobre la*

culpabilidad o inculpabilidad del agente”¹⁷², la prueba del *casus* no se escinde absolutamente la existencia de culpa.

Con relación a la obligación de seguridad de los concesionarios se ha sostenido:

“Por tanto, para producir su exoneración en este plano el concesionario estaría compelido a acreditar que los hechos en cuestión no resultan imputables a su falta de previsión o de control, conforme a las posibilidades que al respecto brinda la moderna tecnología. Desde esta perspectiva, para exonerarse en las mentadas hipótesis, debería, por caso probar con respecto al daño ocasionado por animales sueltos en la ruta, que ha colocado guardaganado en los caminos de acceso, realizando un razonable control del estado de los alambrados linderos en el camino y un adecuado patrullaje de la ruta concesionada, controlando los automotores, corroborando el buen estado de los frenos, cubiertas y luces, que ha efectuado a cada conductor el análisis de alcoholemia, que realiza un adecuado control de la velocidad mediante radares y/o personal destinado al efecto, que efectúa un razonable patrullaje para evitar la permanencia y/o presencia de vehículos detenidos sobre la cinta asfáltica de obstáculos sobre la misma”.¹⁷³

Como consecuencia de este razonamiento, la doctrina opina que no es dable concluir que la ausencia de culpa es un tercer género, “*tertius genere*”. “*En las obligaciones de medio la acreditación de todas las diligencias impuestas por las*

¹⁷² Pizarro Ramón D.-Vallespinos Carlos G. “*Instituciones de derecho privado.Obligaciones*” .Bs.As.,ed. Hammurabi.1999. p.302.

¹⁷³ Venini, Juan Carlos. “*Caso fortuito y fuerza mayor. (Hechos de la naturaleza y hechos del príncipe)*”. Revista Derecho de Daños, “*Eximentes de responsabilidad*” I Rubinzal Culzoni, 2006.1.P.146

*particularidades del caso significa lisa y llanamente que, el pago de manera que “no culpa” es igual a pago en esta índole de obligaciones y, en las de resultado...la acreditación de haber adoptado todas las precauciones y previsiones que las circunstancias imponían sirve para ubicar el hecho dañoso fuera del radio de acción del riesgo de la empresa, conformando un hecho extraño que asume así los caracteres de fortuito”.*¹⁷⁴

En la relación entre la culpa y el *casus*, podemos resumir tres posiciones: una primera para la cual el *casus* se identifica con la falta de culpa, una segunda que considera la falta de culpa como un tercer género, un “terreno intermedio” entre la culpa y la fuerza mayor, y una tercera opinión, que sostiene que la “única diferencia” estaría en la prueba¹⁷⁵.

d. La prueba del caso fortuito.

Tanto en materia contractual como en el ámbito extracontractual, la regla general es que la carga de probar los hechos constitutivos del derecho que se pretende, recae en el pretensor.

En materia contractual, el acreedor debe probar la existencia de la obligación, cuyo cumplimiento o resarcimiento por incumplimiento pretende. En materia

¹⁷⁴ Venini, Juan Carlos. “Caso fortuito y fuerza mayor. (Hechos de la naturaleza y hechos del príncipe”. Revista Derecho de Daños, “Eximentes de responsabilidad” I Rubinzal Culzoni, 2006.1.P.146

¹⁷⁵ Lopez Olaciregui, J.M. “La fuerza mayor y la orden del soberano ante la teoría de la responsabilidad civil”, J.A. 1944.IV.pág.313. Bs.As.

extracontractual, el acreedor, deberá probar la reunión de los presupuestos de la responsabilidad: el hecho, el daño, la relación causal y el factor de atribución, que da nacimiento a la obligación de resarcir.

El art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prescribe: *“Incumbirá la carga de la prueba a la parte que la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”*.

El art. 375 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires dice: *“Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”*.

Luego, la prueba del caso fortuito corresponde a quien pretende liberarse. En el cumplimiento de las obligaciones de índole contractual, es siempre el deudor quien para liberarse debe probar el *casus*, pues si media incumplimiento de la obligación, la culpa se presume.

“La falta de cumplimiento de una obligación establece la presunción de culpa de parte del deudor, presunción que puede desvanecerse por la prueba contraria; pero si éste hubiera demostrado que no cumplió la obligación por caso

*fortuito, el acreedor puede probar a su vez, que esto ocurrió por culpa del deudor”.*¹⁷⁶

En materia extracontractual, el acreedor es quien debe probar la relación causal entre el obrar o la cosa y el daño. Es posible distinguir, distintas situaciones según la naturaleza de cada supuesto de responsabilidad aquiliana.¹⁷⁷

Siguiendo las categorías diseñadas por Orgaz, son:

1.responsabilidad por el hecho propio: aquí quien pretenda el resarcimiento del daño, deberá probar la relación causal entre la acción u omisión del autor y el daño.

2. en la responsabilidad por el hecho ajeno o indirecta o refleja, se distingue en las que se asientan en una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario y las que lo hacen en una presunción *iure et de iure*, que no la admiten.

En las primeras quien pretenda un derecho a resarcimiento del daño sufrido deberá acreditar la relación causal material entre el subordinado y el daño, y la relación causal entre la acción u omisión del principal y el acto ilícito, se presume.

En las segundas, la relación causal a probar por el reclamante es entre la acción u omisión del dependiente y el daño. Y no admite prueba en contrario.

3.En la responsabilidad por daños causados con las cosas. Probada la causalidad material, que la producción del daño sea con cosa inanimada, nace la presunción legal de culpa,

¹⁷⁶ CCivCom 3° Cba. 24/6/66 LL 141-778 nro. 130 cit. en Bellusvio-Zannoni “Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado” p. 670. Bs.As.,Ed.Astrea T 2 1993.

¹⁷⁷ Goldenberg, Isidoro H. “La relación de causalidad en la responsabilidad civil” .Bs.As.,ed. Astrea p.1/4 1ª reimpresión. p. 222.

del dueño o guardián, quien para liberarse deberá probar que de su parte no hubo culpa. (art.1113, párr.2, parte 1 C.Civil; art.1758 C.C.C.)).

4.En la responsabilidad objetiva, se exige la prueba de la existencia de un daño, producto del riesgo o vicio de la cosa. Sólo se exonera el dueño o guardián probando una causa extraña: culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder o el *casus*. (art. 1113, párr.,2, parte 2 C.Civil; art.1757 C.C.C.).

Sobre la prueba del riesgo o vicio de la cosa, la doctrina entiende que *“la aplicación del art. 1113 exige la prueba de la relación causal adecuada entre el daño y la cosa y no la prueba de que ésta era viciosa o peligrosa, como alguna vez se ha requerido, pues esta última es un retroceso que arguye desconocer el sentido del art. 1113, que presume la culpa tanto en los daños causados con las cosas como en los derivados del riesgo o vicio de la cosa. Producido el daño, hay que presumir que lo fue por el riesgo de la cosa”*.¹⁷⁸

5.en los daños causados por animales, se debe probar que el daño fue causado por el animal, en cuyo caso la ley le atribuye la responsabilidad al dueño o a quien se sirva de él. Algunos autores sostienen que el régimen del Código de Velez, no se diferencia en este supuesto, de la teoría del riesgo creado.(art- 1759 C.C.C.)

Al principio general según el cual quien pretende liberarse por el *casus*, debe probarlo, podemos distinguir en los

¹⁷⁸ Goldenberg, Isidoro H. *“La relación de causalidad en la responsabilidad civil”*, Bs.As.,ed. Astrea p.1/4 1ª reimpresión. p. 222.

distintos supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual.

En materia contractual, como al acreedor le basta con probar la existencia de una obligación preexistente, es el deudor quien en todos los casos deberá probar la relación causal entre el *casus* y el incumplimiento, para liberarse.

En el ámbito aquiliano, donde no hay una obligación pre- existente, sino el deber genérico de no dañar, quien pretende el resarcimiento de un daño sufrido, a determinado o determinados sujetos, debe acreditar la relación de causalidad adecuada entre la conducta humana o la cosa y el daño.

Esta prueba para ser hábil e idónea para atribuir responsabilidad, conforme la regla general de la carga de la prueba, debe descartar el *casus*. Porque si hay relación causal adecuada, entre la conducta de un sujeto o la cosa, y el daño, no puede haberla simultáneamente entre el *casus* y el daño.

Es claro en el supuesto de responsabilidad extracontractual por el hecho propio, porque el pretensor debe probar la culpa del demandado; y en aquello y con la extensión que medió culpa, no hay lugar para el *casus*.¹⁷⁹

En síntesis, la prueba del nexo causal adecuado con la conducta o la cosa del agente, en el ámbito aquiliano, excluye con la extensión acreditada, el caso fortuito.

Recordamos que “*los antiguos doctores discreparon acerca de quien debía probar , si el acreedor o el deudor. Que el hecho demostrado por éste último como obstativo del cumplimiento de la obligación, reunía los caracteres del caso*

¹⁷⁹ Gianfelici, M.C. “*Caso Fortuito y caso de fuerza mayor*”, Bs.As., Ab.Perrot, ed.1995, p.127/8.

fortuito, es decir, que tal hecho, en el caso especial, no había podido preverse ni evitarse”¹⁸⁰. La cuestión se discutió con relación al incendio de la cosa arrendada, si correspondía la prueba de la culpa del incendio de la cosa locada al locador, o al locatario excluir su culpa.

d.1. La excepción legal a la regla de la carga de la prueba del *casus*.

En el contrato de locación, el art. 1572 del Código Civil establece una presunción legal *iuris tantum*, por la cual el incendio de la cosa locada, se presume caso fortuito. Se aparta así el legislador de la solución del Código de Napoleón, lo que explica en la nota a la norma.

*“Se invierte aquí el régimen de la prueba, pues al locatario le basta probar el incendio sin que necesite probar que éste reúne los requisitos del caso fortuito”*¹⁸¹.

La mayoría de la doctrina ha considerado esta excepción carente de fundamento y fue suprimida en el Proyecto de reforma de 1936 y el Anteproyecto de 1954.

El Código Civil y Comercial, modifica el régimen y establece en el art. 1206 que el locatario responde por la destrucción de la cosa locada por incendio no originado en caso fortuito.

¹⁸⁰ Giorgi “*Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*” Vol.II. citado en .Gianfelici, M.C. “*Caso Fortuito y caso de fuerza mayor*”, nota 408. Bs.As., Ab.Perrot, ed.1995, pág.129.

¹⁸¹ Llambías J.J. “*Código Civil Anotado*” T II A p 127, reimpresión, Bs.As., Ab. Perrot.

Otros autores, sostienen que la inversión de la prueba establecida en esta norma es justificada y la estima aconsejable. Ello fundado en el carácter notorio del accidente y que es el locatario el término más débil de la relación de locación¹⁸².

*“La calificación a priori de fortuito efectuada por la ley respecto del incendio -art.1572-, importa considerarlo un accidente notorio; y este juicio encuentra respaldo en las razones expuestas por Veléz en la nota a la disposición legal. Allí, en crítica al criterio opuesto al Código Civil francés, señala que el incendio es producido comúnmente por un accidente no originado en la culpa de aquéllos que se hallan en la casa. En definitiva sólo cabe el cuestionamiento a la solución legal, si se falsea el juicio de experiencia sobre el que se levanta la normación”.*¹⁸³

d.2. El hecho notorio.

El hecho notorio no requiere prueba; el deudor no debe probar el caso fortuito cuando es un hecho notorio.

Sí debe probar la relación causal entre el hecho y el incumplimiento, y el daño.

“En materia de carga de la prueba opera la teoría del hecho notorio, (v. gr. ,un terremoto); en este caso el sindicado como responsable queda eximido de ella, pero tendrá

¹⁸² .Bueres,Alberto J. y Highton, Elena I. “Código Civil”, T.2A,Bs.As., Hammurabi, p.182.

¹⁸³ .Bueres,Alberto J. y Highton, Elena I. “Código Civil”, T.2A, Bs.As. Hammurabi, p.182.

que demostrar el nexo de causalidad adecuado entre el daño y el caso fortuito notorio.”¹⁸⁴.

En la teoría de Exner, la exigente de responsabilidad por *casus*, debe además de ser extraordinario, tener pública notoriedad y exterior al deudor.

En nuestro Código Civil, el artículo 1570 señala:” *no siendo notorio el accidente de fuera mayor que motivó la pérdida o deterioro de la cosa arrendada, la prueba del caso fortuito incumbe al locatario*”.

En el mismo código, el artículo 1571 dice: “*Siendo notorio el accidente de fuerza mayor,...la prueba de que hubo culpa,...corresponde al locador.*”. El artículo 1572, reputa caso fortuito el incendio, hasta que el locador o el que resulte perjudicado “*pruebe haber habido culpa*”.

Nos remitimos a los expresado sobre el requisito de notoriedad del *casus*.

No obstante recordamos, que de lo dispuesto en los arts. 1570, 1571 y 1572 del C.Civil, en tal sistema el requisito de notoriedad no es exigible para la configuración del caso fortuito. Pero tal condición releva al deudor de su prueba.

El carácter de notorio del caso fortuito, no es constitutivo del *casus*, pero tiene como consecuencia la eximición de su prueba.

d.3 Que se debe probar.

¹⁸⁴ Goldenberg, Isidoro H. “ *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*”.Bs.As. ed. Astrea p.1/4, 1ª reimpresión. p. 229.

Quien pretenda liberarse por caso fortuito deberá probar en primer término, el acontecimiento. Luego, que el hecho acreditado reúne los requisitos y caracteres del caso fortuito. Y por último la relación causal entre el *casus* y el daño.

Según nuestro desarrollo del Capítulo IV, la prueba de los requisitos difiere – aunque con supuestos comunes – si se trata de responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación pre-existente, de origen contractual o de una derivada del deber genérico de no dañar.

1.

La imprevisibilidad en materia contractual debe juzgarse al tiempo de contraer la obligación.

En el ámbito aquiliano, la imprevisibilidad, se observa al momento del hecho lesivo.

2.

La inevitabilidad, que es la nota relevante del *casus*, debe existir al tiempo de ocurrencia del hecho, en el ámbito extracontractual y allí si el hecho que aun siendo previsible, es irresistible, libera al deudor.

En las obligaciones derivadas de un contrato, si los contratantes se obligan, con la probabilidad (cálculo del que resulta la previsibilidad) de la ocurrencia de un hecho irresistible, lo asumen, sin poder invocar luego, para eximirse de responsabilidad por el incumplimiento, el *casus*.

3.

La extraneidad. El hecho debe ser ajeno a la esfera del deudor, extraño a la cosa o a su actividad. Responde por los daños causados por los casos internos o que no le son externos. Este requisito se encuentra vinculado a los casos de

responsabilidad objetiva por el riesgo creado, en el ámbito de aplicación del art. 1113 del C.Civil y a la imputabilidad. (arts. 1757 y 1758 C.C.C.)

La doctrina francesa y gran parte de la doctrina nacional actual lo consideran un requisito exigible a todos los ámbitos de responsabilidad.

4.

La imposibilidad de cumplimiento. Aquí la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, consiste en que en la primera es necesaria la referencia a la obligación preexistente, mientras que en la segunda, la relación deviene ajena a un vínculo anterior.

En las obligaciones de fuente contractual – comprendidas las legales- el cumplimiento debe adecuarse a un plan prestacional preestablecido. Su simple no correspondencia es incumplimiento. En este ámbito creemos que cuando el exacto cumplimiento de lo pactado se tornare excesivamente gravoso para el deudor, o se frustre el fin del negocio, es equiparable a la imposibilidad de cumplimiento exigida para liberarse por caso fortuito. Y ello, con base en que en la esfera contractual, rige el principio de la buena fe, tanto para la concertación, el cumplimiento y la interpretación de los contratos. (art. 1198 C. Civil, arts. 9,10,11 y 961 C.C.C.).

5.

La sobreviniencia y la actualidad. Ambos constituyen caracteres del caso fortuito en el ámbito contractual. Sin olvidar la doctrina que considera que no son requisitos del *casus*.

La relación causal.

El deudor debe probar que los daños son consecuencia necesariamente, del hecho fortuito. No le basta con probar la sucesión del hecho y que éste reúne todos los requisitos del *casus*, para eximirse de responsabilidad, sino que debe acreditar que los daños cuya responsabilidad se le atribuye, están en relación causal con el caso fortuito.

Aun compartiendo las conclusiones de la V Jornadas de San Rafael, Mendoza de 1978, en punto a que “*La carga de la prueba del caso fortuito incumbe a quien la invoca, salvo las excepciones legales para casos específicos*”, creemos que se pueden establecer algunas variantes según la concepción del *casus*.

Si se concibe el caso fortuito de manera subjetiva o negativa, como ausencia de culpa, podemos diferenciar quien debe probar el *casus* según nos ubiquemos en el ámbito de los contratos (en sentido amplio) o en el aquiliano. Y en la esfera contractual, según la obligación debida, sea de medios o de resultado.

En el primero, donde el incumplimiento supone culpa en todos los casos, (excepto en las obligaciones de medios) el deudor para liberarse debe acreditar que de su parte

no hubo culpa. En este supuesto, es entonces el deudor quien debe probar el *casus*.

En la excepción en el marco contractual, cuando a lo que se obliga el deudor es una obligación de medios, quien pretende atribuir responsabilidad con éxito, debe acreditar que hubo culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación; y, si la ausencia de culpa equivale al *casus*, es lo mismo probar la culpa que el no *casus*. Aun aplicando la carga dinámica de la prueba, en principio, tratándose de obligaciones de medios, es quien reclama quien debe probar la culpa.

En el segundo, el acreedor debe probar la configuración de los presupuestos de responsabilidad, entre ellos el factor de atribución, luego debe probar la culpa del deudor. Y con ello, si el *casus* es equivalente a la ausencia de culpa, debe acreditar que no hay *casus*, sino culpa. En los supuestos de excepción al art. 1109 del C. Civ., en que la culpa se presume (por caso, cuando el daño es causado con la cosa en el art. 1113 del C. Civ.) es cuando el deudor debe probar el *casus* para liberarse. (arts.1716, 1721 y 1757 del C.C.C.).

Si por el contrario, se lo comprende en forma objetiva o positiva, dentro de la relación causal, como hecho que produce la ruptura de la cadena causal, constituyendo causa del daño, en la responsabilidad de fuente contractual, de obligaciones de resultado, igual que bajo la concepción negativa el deudor debe probar el *casus* o que el daño es consecuencia del *casus*, como un supuesto de ausencia de culpa del deudor. En las obligaciones de medios de fuente contractual, como el acreedor debe sostener la culpa del deudor, debe acreditar la relación

causal entre la conducta del deudor y el daño o incumplimiento. Con ello, acredita la exclusión del *casus*.

En la responsabilidad aquiliana, es el acreedor quien debe acreditar que el daño cuya reparación reclama, está en relación de causalidad con la cosa o actividad del deudor, con lo que sostiene –acredita- la ausencia del *casus*.

En los supuestos aquilianos de presunción legal de culpa, aún tiene quien pretende la reparación del daño, acreditar la relación causal de la cosa o actividad con el perjuicio. Si no lo logra, no hay responsabilidad del presunto deudor, porque al faltar uno de los presupuestos de la responsabilidad aquiliana -la relación causal- la obligación de indemnizar no ha nacido.

VI. Conclusiones generales.

a. Noción conceptual del caso fortuito-

La noción del *casus* la delineamos por sus requisitos, generales y particulares y por sus efectos, según extingan o no la obligación.

Por sus requisitos de configuración, el caso fortuito, en general, es el acto o hecho que irrumpe en el cumplimiento de un deber o una obligación, de manera imprevisible, y si lo es, en forma irresistible, ajeno al

ámbito de control del agente; en particular, debe reunir además de los elementos comunes, la sobreviniencia, extraordinariedad específica, y actualidad; por sus efectos, que impida el nacimiento de la obligación de resarcir el daño causado por el incumplimiento de la prestación particularmente prometida o debida en general.(efectos).

De la observación de la realidad de los hechos, con el aporte de la complejidad al pensamiento causal, podemos advertir que un hecho es fortuito, cuando estadísticamente se determina una probabilidad ínfima de que el hecho suceda; cuando más extenso sea el tiempo y el espacio comprendido en el cálculo, hay menor probabilidad de que el hecho sea un *casus*.

Entendemos que en el campo obligacional, el *casus* liberador se produce tanto en razón de haberse tornado imposible, como excesivamente gravoso el cumplimiento. En el primer supuesto, porque la obligación habrá quedado vacía de contenido, y en el segundo, porque el plan prestacional habrá quedado tan desnaturalizado que ha de juzgarse inexistente. No estaremos ya frente a la misma prestación prometida.

La imposibilidad o excesiva gravosidad del cumplimiento debido, debe estar en relación causal con el *casus*, desplazando de ese modo, la virtualidad de la conducta del deudor en el incumplimiento.

En el ámbito aquiliano, la presencia del *casus*, sustituye y torna inexistente el vínculo causal entre la actividad del sujeto y el daño, por lo que impide el nacimiento de la obligación de resarcir.

Entendemos que en nuestro derecho, ambas expresiones “caso fortuito” y “fuerza mayor” tienen un mismo significado y los mismos efectos. Que el caso fortuito exige de la concurrencia de una serie de requisitos generales, esenciales para su configuración. Sin perjuicio de la necesidad de que en determinados supuestos, se requiera de otros elementos constitutivos para la operatividad del efecto liberatorio.

b. Requisitos de configuración.

Sostenemos que el caso fortuito es por definición, un hecho inusual y extraordinario (de ínfima probabilidad de sucesión).

Consideramos que es menester apreciar el grado de extraordinario e inusual de un hecho para ser categorizado como fortuito, según la probabilidad de su incidencia, de su frecuencia, dependiendo de las circunstancias de las personas relacionadas, del tiempo de sucesión y del lugar de acaecimiento.

Pensamos que se requiere incorporar al análisis de su caracterización, las innovaciones tecnológicas y los hechos sociales, económicos y políticos actuales que afectan a la habitualidad del hecho tradicionalmente invocado como *casus*.

La evaluación de la previsibilidad e inevitabilidad atenderá esencialmente, la primera, al avance del conocimiento, y la segunda, a la repetición en el tiempo del hecho.

Como consecuencia de lo dicho, el conjunto de hechos que pertenecen a la clase de “caso fortuito”, es variable,

contingente y la inclusión en un conflicto concreto, será resultado del análisis judicial, de acuerdo a las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia.

Aquellas consecuencias que suceden según el curso natural y regular de las cosas, siempre acarrearán responsabilidad. Sólo si esa regularidad es rota por el *casus*, se exonera de responsabilidad. Y como lo que rompe el hecho fortuito es la secuencia regular de la sucesión de las cosas, podemos afirmar que es “extraordinario”. Extraño a lo que ordinariamente sucede.

En materia de contratos que contienen cláusulas de responsabilidad o de asunción del caso fortuito, la doctrina distingue entre los hechos ordinarios y los extraordinarios. Entiende que los pactos de responsabilidad por *casus*, comprenden sólo los ordinarios, mientras que los extraordinarios liberan igualmente al deudor que asume el caso fortuito.

El *casus* es, por definición extraordinario. Sin embargo, cabe distinguir el *casus* ordinario o extraordinario en los supuestos de asunción contractual (voluntaria o legal) del caso fortuito.

Pensamos que la distinción señalada, se resume en una cuestión de hecho: estimar el grado de imprevisibilidad del *casus* y su evaluación, depende de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar del hecho que se trate.

El carácter de notorio del caso fortuito, no es elemento constitutivo del mismo, pero tiene como consecuencia la eximición de su prueba.

Advertimos que en la práctica el *casus* no se presenta en forma idéntica en cuanto a sus requisitos o caracteres.

El concepto de caso fortuito, tiene en todos los casos en que es relevante, requisitos comunes. En distintos supuestos requiere, además, otros elementos, para su configuración. Pero las diferencias no alteran la noción; la similitud entre los eventos, son como parecidos de familia.

En materia contractual, si la obligación es de medios, el caso fortuito no tiene relevancia: basta con verificar la falta de culpa. Si la obligación es de resultado atenuada, tampoco, porque también le basta probar haber actuado con la debida diligencia. El *casus* adquiere relevancia en las obligaciones de resultado ordinarias, en las que debe mediar el *casus* genérico, y en las de resultado agravadas, en las que no basta el caso genérico, como en el supuesto anterior, sino que debe ser *casus* calificado.

En el ámbito extracontractual, si se trata de imputación por culpa, el caso fortuito no tiene incidencia. Es en los supuestos de atribución objetiva, en los que el *casus*, adquiere especial efecto liberatorio y requiere, para su configuración, total ajenidad a la esfera de control del deudor, a la cosa o actividad de que se trate.

Los requisitos exigidos para que el hecho configure un caso fortuito liberador de responsabilidad, no son idénticos en el ámbito contractual que en el extracontractual.

Cuando se incumple una obligación específica, ésta debe ser pre-existente al *casus*. Es decir el hecho exonerador de responsabilidad debe ser sobreviniente a la constitución de la

obligación, pues si es anterior o simultáneo a la creación de la obligación, ésta no llega a configurarse, por falta de objeto u objeto imposible.

En materia obligacional el *casus*, opera como impedimento para el nacimiento de la obligación o, una vez constituida, si es sobreviniente, y previo a la mora, como liberador.

La obligación en el primer caso es inexistente, y ningún efecto produce. En el segundo, hasta la sucesión del *casus*, surte todos los efectos propios de la obligación de que se trate.(imprevisión, frustración del fin).

La virtualidad del caso de exonerar de responsabilidad al deudor o ejecutor del hecho dañoso, opera distinto en un supuesto (responsabilidad contractual) que en el otro (responsabilidad extracontractual), en especial en lo atinente a las consecuencias de la mora.

Tal conclusión conlleva la necesidad de distinguir entre una y otra responsabilidad, lo que no obsta que puedan equipararse en relación a otros institutos comunes, como la prescripción de las acciones derivadas de la responsabilidad.

Vimos que el caso fortuito gravita en la exoneración del deudor en forma distinta en el espacio contractual, cuando influye en el cumplimiento de una obligación específica pre-existente, que en el extracontractual, y también en ambos cuando el factor de atribución es objetivo.

En materia obligacional, el caso debe ser sobreviniente y acaecer antes de la constitución en mora del deudor. Producida la mora, el deudor responde, por las consecuencias inmediatas, mediatas, casuales y aquéllas con la

que su conducta no tiene nexo de causalidad, sino que encuentran su causa en el *casus*. En la responsabilidad extracontractual, el deudor se exonera siempre por el caso fortuito o lo que es lo mismo, nunca responde por las consecuencias remotas que no tienen adecuado nexo de causalidad.

En las hipótesis de responsabilidad atribuida por culpa o dolo, la importancia del *casus* se difuma, pues de lo que se trata es de probar el dolo o la culpa.

Donde el *casus* asume importancia en cuanto a la liberación del deudor, es cuando la atribución es objetiva (actividades o cosas riesgosas). Aquí la imputación fáctica es la relación de la actividad o cosa riesgosa con el daño (*imputatio factis* o atribución del hecho). Por ello, para la exoneración de responsabilidad objetiva, se requiere que el evento fortuito, sea ajeno a la esfera de la actividad de riesgo, porque por su propia naturaleza riesgosa, no podría operar si se atribuye efectos liberatorios al *casus* interno (*Imputatio iuris* o atribución al hecho de las consecuencias jurídicas).

Si se admite que el caso fortuito eximente de responsabilidad podría suceder en la esfera de control del agente, el riesgo creado no operaría como causa de imputación jurídica, porque faltaría la imputación fáctica, que resultaría trasladada al *casus*.

Teniendo en cuenta que para que se genere la obligación de reparar el daño injustamente causado se requiere en principio de la concurrencia de cuatro requisitos, el daño, la antijuridicidad en la conducta del agente, la imputación fáctica de esa conducta (relación de causalidad) y la imputación jurídica

de la misma (factor de atribución de responsabilidad), cuando en el ámbito de la responsabilidad aquiliana operan factores objetivos de atribución de responsabilidad es cuando se revela con mayor evidencia la necesidad de considerar caso fortuito sólo a los que resultan ajenos a la esfera de actuación del agente.

Porque en tales casos, particularmente en la esfera del riesgo creado como factor de atribución de responsabilidad, la circunstancia de que el riesgo inherente a la cosa pese sobre el dueño o guardián, revela que en realidad esos riesgos que están en la esfera de actuación del agente no se computan como hecho fortuito, pues de lo contrario se estaría admitiendo que el factor de imputación jurídica opere sin que exista imputación fáctica, es decir, se estaría imputando al dueño o guardián de una cosa por la producción de un daño que fácticamente no podría atribuirse a esa cosa por haberse interrumpido el nexo causal por caso fortuito.

Por lo que no cabe sino entender que el hecho imprevisible o inevitable que se produce dentro de la esfera de actuación del agente no es caso fortuito, es decir, que no rompe la cadena causal, aunque en tales casos habrá o no responsabilidad, según concurren o no factores de imputación jurídica.

Hemos distinguido el *casus* de la imposibilidad de cumplimiento como modo extintivo de la obligación. El caso fortuito no extingue la obligación, sino en aquéllos casos en que torna imposible el cumplimiento. Su efecto es la liberación de la responsabilidad por el incumplimiento, que puede ser parcial, relativo o temporal, y dejar subsistente la obligación.

En el ámbito extracontractual, si hay caso fortuito, nunca llega a nacer la obligación de resarcir, pues falta uno de los cuatro presupuestos para que nazca la obligación de reparar: la relación de causalidad.

c.Efectos que produce en la esfera obligacional y en la esfera aquiliana.

Sostenemos que el art. 513 del Código Civil, sólo es aplicable en el ámbito obligacional, en tanto habla de “*falta de cumplimiento de la obligación*”, en materia de atribución de las consecuencias del caso fortuito, y las carga al moroso o a quien haya obrado con culpa.

En el aquiliano no existe el antecedente del incumplimiento de una obligación, sino que lo que se incumple es el deber genérico de no dañar.

En el análisis de los efectos liberatorios del *casus*, consideramos a la mora como llave de su virtualidad eximente.

Con el marco del art. 513 y el sistema normativo de los arts. 901 y ss. del Cód. Civil, podemos razonar que en el ámbito contractual es la mora la que impide el efecto liberatorio del *casus*.

Producida la mora en el cumplimiento de la obligación, el deudor responde por el incumplimiento obligacional como excepción al principio general, y, entonces, la sucesión del *casus* es intrascendente sobre los efectos de la obligación.

En cambio, en el ámbito extracontractual, no hay una obligación específica, sino un deber general de no dañar. La obligación –de resarcir- nace cuando se reúnen los requisitos de la responsabilidad civil. Por lo que la mora no tiene operatividad, y sólo mediante una ficción, podemos sostener que los efectos de la mora se producen al momento del hecho dañoso y a los fines políticos de garantizar el resarcimiento integral.

Y no hay mora, en sentido material, es decir no hay reunión de sus caracteres constitutivos, porque no hay una obligación específica preexistente.

Como consecuencia de este razonamiento, debemos concluir, que en las obligaciones de origen extracontractual, la incidencia de caso fortuito, es siempre la liberación del agente.

El sistema del Código Civil y Comercial, establecido en el Libro 3, Título 5 “Otras fuentes de las obligaciones” fija un régimen común de responsabilidad civil contractual y extracontractual, pero se mantienen las diferencias conceptuales de ambas atribuciones. Ello queda claro en la redacción del art. 1733 , donde se enumeran los supuestos de excepción a la exoneración por casos que norma el art. 1730.

Pero todavía es posible considerar que producida la mora en las obligaciones contractuales, caída ya en la faz de la responsabilidad, que el *casus* podría operar como liberador. Y aquí es determinante la posición que se adopte sobre la naturaleza de la obligación.

Podemos pensar que la obligación incumplida se transforma en la obligación de indemnizar, habiendo mutado solo de objeto; o con otro criterio, podemos sostener que la

obligación de resarcir el incumplimiento obligacional es una nueva obligación, que extingue la que le dio nacimiento, produciendo su novación.

Es en este segundo supuesto en el que podría pensarse en el efecto liberatorio del *casus*, en el cumplimiento de esta nueva obligación.

Veamos el caso de una obligación de dar cosa cierta con plazo determinado. Vencido el plazo y reunidos los requisitos (atribución, fijación de plazo, interpelación, etc.) el deudor cae en mora. A partir de producida la mora, se transforma la obligación en la de dar una suma de dinero (resarcir), y el *casus* no tiene efecto liberatorio. Pero si consideramos, que esta obligación de resarcir es una nueva obligación, novación de la que le dio causa, podríamos atribuir efecto liberatorio al *casus* en este segundo tramo – nuevo- de la obligación. Así, siguiendo con el caso propuesto, una guerra o cualquier evento que reuniera los caracteres del caso fortuito, que impidiera al deudor la obtención de la moneda de pago, podría tener efectos liberatorios.

En este supuesto de novación legal, si el incumplimiento es absoluto, la posibilidad de operatividad del *casus* es limitada, porque la obligación resarcitoria nacida, es de dar una suma de dinero y el género nunca perece.

Es mayor la incidencia del *casus*, en la hipótesis de incumplimiento relativo, porque su sucesión justifica la demora y libera al deudor de la responsabilidad por la mora.

La ocurrencia de caso fortuito que causa la demora en el cumplimiento de la obligación, que todavía es posible, tiene un doble resultado: 1. Cuando el retardo en el cumplimiento de la obligación tiene su causa en el caso fortuito,

el deudor queda liberado de la responsabilidad por incumplimiento relativo, y, 2. Como el *casus* impide la mora, el deudor demorado queda dentro de la regla general de la liberación por caso fortuito y no comprendido en el régimen excepcional del art. 513. (art. 1733 C.C.C.).

Así, no responde por los perjuicios provocados por la demora en el cumplimiento de la obligación, y, de tornarse imposible el cumplimiento, por caso fortuito, queda igualmente liberado, porque al no incurrir en mora no rige la excepción del art. 513 del C. Civil. (art.1733 C.C.C.).

Señalamos que la postura predominante en la doctrina, es que en la faz de la responsabilidad, la obligación muta de objeto, porque es la que mejor se compadece con la necesidad de conservar las garantías y privilegios de la obligación incumplida. El Código Civil y Comercial en el art. 955, prescribe: “ *Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en pagar la indemnización de los daños causados*”.

Concluyendo, la clave para distinguir los efectos del caso fortuito en ambos ámbitos de la responsabilidad civil es la mora. Es la mora la que quita operatividad al caso fortuito, impidiendo su invocación como eximente.

Podremos establecer como regla aplicable a la generalidad de las obligaciones, con independencia de su fuente, que sólo se carga con las consecuencias del caso fortuito cuando el obligado está emplazado técnicamente en situación de moroso.

En el ámbito aquiliano, ello ocurriría sólo respecto del incumplimiento de la obligación resarcitoria.

En este campo, el antecedente de una culpa en el agente no le impone cargar con las consecuencias del caso fortuito, porque lo impide la regla que sientan los arts. 901 y ss. del Código Civil. (art. 1727 C.C.C.).

A tenor de esas disposiciones legales, sólo responde el agente por las consecuencias inmediatas de su acción, por las mediatas y –cuando las tuvo en miras- por las casuales.

En la antigua redacción del art. 906, eran imputables *“las consecuencias casuales de los actos reprobados por las leyes, cuando la casualidad de ellas ha sido perjudicial por causa del hecho”*.

Este supuesto de responsabilidad del autor del hecho ilícito, por consecuencias imprevisibles de éste, que son casuales, pero que su condición de dañoso está en relación causal con el hecho, no está previsto en el Código Civil ley 17.711. Luego, en el campo extracontractual, sólo se responde por las consecuencias casuales, si el autor las tuvo en mira al realizar la conducta ilícita.

Se ha concluido que el caso fortuito no libera en materia contractual al trasladarse los riesgos de la prestación al deudor moroso, en tanto que es liberatorio en el ámbito aquiliano porque el art.906 CC prescribe que no se responde por las consecuencias remotas que no tienen con el hecho del agente un nexo adecuado de causalidad.

El Código Civil y Comercial, en el mismo sentido en el artículo 1726 dice : *“ Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad*

con el hecho productor del daño...se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”.

Cierta doctrina considera que debe reputarse subsistente el texto originario del artículo 906 C.C., porque no es razonable que se le acuerde virtualidad liberatoria en el ámbito contractual y no en el extracontractual.

Pero en un sistema de responsabilidad civil que se maneja con un concepto material de “ilicitud”, a tenor del cual se considera antijurídica toda afectación de un interés ajeno que no encuentre causa de justificación, parece excesivo imputar consecuencias fortuitas por el mero hecho de una ilicitud de esta naturaleza. Como también es injustificado, en un sistema en el que se admiten factores subjetivos y objetivos de imputación jurídica, imputar el caso fortuito cuando concurren los primeros.

De modo que a nuestro juicio, debe entenderse que la diferencia se justifica en atención a que en materia obligacional, el incumplimiento como hecho antijurídico aparece más claramente que en materia aquiliana, en el que actos que son permitidos, terminan siendo antijurídicos por el resultado (conducir un vehículo es lícito, pero la conducta se transforma en ilícita cuando aun sin culpa ocasiona un daño a terceros).

El art. 513 establece que el deudor incumpliente, responderá por caso fortuito, por consecuencias sin nexo causal con el incumplimiento, si “*éste hubiera ocurrido por su culpa*”.(art. 1733 C.C.C.).

Derogado el artículo 906 del Código Civil, en la esfera extracontractual el *casus* libera siempre al agente, salvo dolo, mientras que en el campo contractual, el deudor responde

por las consecuencias del *casus* – sin relación de causalidad- si está en mora. (ídem arts. 1730 y 1733 C.C.C.).

Podemos concluir que la exclusión de responsabilidad civil por caso fortuito opera con mayor amplitud en el ámbito de los hechos ilícitos, que en el incumplimiento contractual. En la órbita contractual, basta la mora o culpa del deudor en su sucesión, para excluir los efectos liberatorios del *casus*; en la extracontractual, el *casus* siempre excluye la responsabilidad del agente.

Como el caso fortuito es aquél que rompe la relación de causalidad entre un hecho y su consecuencia, no se relaciona con la culpa.

En el ámbito obligacional, el caso debe ser la causa del incumplimiento y en el extracontractual, la causa del daño. Por ello, la culpa del agente, si la hubiera, no es la adecuada para la producción del daño, siendo desplazada por el *casus*.

La excepción es si la culpa previa al *casus*, es determinante de la sucesión del mismo, que de ese modo le quita el carácter de fortuito, para ser causado por la imprudencia, impericia o negligencia del agente.

Las reglas de los artículos 901 y ss. del Código Civil, establecen que el autor culpable, solo responde por las consecuencias inmediatas, mediatas y, cuando las tuvo en mira, por las casuales. Nunca responde por las remotas, “*que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad*”. En consecuencia, en este ámbito, el autor del hecho ilícito culpable, no carga con las consecuencias del caso fortuito, pues su acaecimiento rompe el vínculo causal de su conducta con el

daño. La culpa y el dolo del autor quedan atrás en la historia causal que conduce al resultado dañoso. La norma del art. 1727 del C.C.C., dispone que se responde por las consecuencias inmediatas y mediatas previsible, salvo disposición legal. No se responde por las consecuencias casuales, que define como “*las consecuencias mediatas que no pueden preverse*”.

Concluimos que el régimen del *casus* en nuestro sistema, trata más duramente al que incumple una obligación contraída específicamente, que a quien viola el deber general de no dañar: “*alterum non laedere*”.

Encuentra fundamento la diferencia, en que en la esfera obligacional, el incumplimiento como hecho antijurídico aparece más claramente que en materia aquiliana.

En el ámbito extracontractual, si son actos permitidos, mutan en antijurídicos por el resultado: el daño a un tercero.

c. Relación causal. Efectos.

Asumido que la imposibilidad de cumplimiento es un modo de extinción de las obligaciones, distinto del *casus*, que es una causal de exoneración de responsabilidad del deudor por el incumplimiento, derivamos que el *casus* puede estar en relación causal con:

1. retardo en el cumplimiento,
2. imposibilidad de cumplimiento total, moral o material,
3. imposibilidad de cumplimiento parcial, moral o material,
4. excesiva onerosidad sobreviniente,
5. excesiva dificultad sobreviniente para cumplir.

6. frustración del fin del contrato.

Reunidos los requisitos del *casus*, su operatividad liberatoria se produce en las seis hipótesis propuestas, aunque con diferente extensión.

Conforme la noción de caso fortuito delineada, consideramos que no es eficiente distinguir entre el “caso imprevisible” y el caso fortuito, para la aplicación de la excesiva onerosidad sobreviniente.

Síntesis:

Nos propusimos adaptar funcionalmente el contenido del saber o el conocimiento del “caso fortuito” a la realidad actual.

A la noción del *casus*, liberatorio de la responsabilidad civil, que lo caracteriza como aquél hecho imprevisible o inevitable y ajeno, que torna imposible el cumplimiento de la obligación o el deber de no dañar, oponemos un contenido del instituto, funcional a las nuevas situaciones de la realidad.

En ese intento, en sus requisitos constitutivos, delineamos el caso fortuito, en un concepto general, de hecho imprevisible o inevitable y ajeno, y uno o varios, en particular, que agregan requisitos tales como la sobreviniencia, la actualidad, y específica extraordinariedad.

En sus efectos, ampliamos la función liberatoria a los casos que la jurisprudencia internacional ha incorporado, y la legislación, en que si bien no torna imposible el cumplimiento de la obligación, la hace contraria a la ley, la moral o la desnaturaliza.

La utilidad de la noción es proporcionar un instituto flexible, que permita la liberación del deudor en todos los casos en que el cumplimiento de la obligación resulta contraria a la equidad.

De ese modo, sorteamos la ruptura entre los postulados teóricos y los casos empíricos. En esta óptica, es inocua la distinción entre las expresiones “caso fortuito” o “fuerza mayor”, por lo que se avala su sinonimia.

Sobre la gravitación de los factores subjetivos de atribución de responsabilidad (dolo y culpa) en la provocación del caso fortuito, en el campo contractual, rige la regla responsabilidad por el *casus* del artículo 513 del Código Civil. (art. 1733 del C.C.C.).

En el aquiliano, no se responde nunca por el caso fortuito, por imperativo del régimen de atribución de las consecuencias de los artículos 901 y siguientes del Código Civil. Sólo sería relevante una culpa previa al caso fortuito, en la medida que la conducta desplegada por el agente, destituya al resultado de su carácter fortuito.(art. 1727 C.C.C.).

El *casus* asume importancia en cuanto a la liberación del deudor, cuando la atribución es objetiva. En la esfera del riesgo creado como factor de atribución,(imputación jurídica), el riesgo inherente a la cosa, pesa sobre el dueño o guardián, pues es justamente el factor de atribución fáctica.(*imputatio facti*). Esos riesgos no configuran-en este ámbito de responsabilidad- caso fortuito. De otro modo, se admitiría que el factor de imputación jurídica opera sin imputación fáctica o bien, vacía de hecho, la atribución por riesgo.

El efecto liberatorio, en ambos ámbitos de la responsabilidad civil, del caso fortuito, depende de la mora.

Es la situación técnica del deudor en mora, la que impide invocar el *casus* como eximente, en el campo obligacional. En el aquiliano, reunidos los presupuestos de responsabilidad, sólo cuando se encuentre en mora en el cumplimiento de la obligación de indemnizar, podemos afirmar que no se libera por *casus* (antes no hay obligación incumplida). Es por eso que en este ámbito aquiliano, el caso fortuito excluye siempre la responsabilidad del agente.

Se concluye que el caso fortuito no libera en materia contractual al trasladarse los riesgos de la prestación al deudor moroso, en tanto que es liberatorio en el ámbito aquiliano porque el art.906 CC prescribe que no se responde por las consecuencias remotas que no tienen con el hecho del agente un nexo adecuado de causalidad. (art. 1726 y 1727 C.C.C.)

Citamos cierta doctrina que considera que debe sostenerse la subsistencia del texto originario del artículo, porque no es razonable que se le acuerde virtualidad liberatoria en el ámbito contractual y no en el extracontractual

A nuestro juicio, debe entenderse que la diferencia se justifica en atención a que en materia obligacional, el incumplimiento como hecho antijurídico aparece más claramente que en materia aquiliana, en el que actos que son permitidos, terminan siendo antijurídicos por el resultado.

El Código Civil consagra la responsabilidad por el caso fortuito en dos supuestos de ilícitos aquilianos: el autor del hurto (art.1091) y el poseedor vicioso (art.2436). Ambos responden por la pérdida de la cosa por caso fortuito, aun cuando

la cosa hubiera perecido igualmente en poder del propietario. Pero más allá de la cuestión de la imposibilidad de liberarse alegando el caso fortuito cuando la cosa se hubiera perdido igualmente en poder del acreedor (art.892), estas disposiciones legales no demuestran que en materia aquiliana opera el caso fortuito como liberador de responsabilidad.

El Código Civil y Comercial, establece en forma general en el art. 1733 inc. f , la responsabilidad por caso fortuito de quien “*está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito*”. Y la responsabilidad del comodatario y del poseedor de mala fe, por pérdida de la cosa, excepto que pruebe que hubiera ocurrido igualmente estando en poder del comodante o quien tiene derecho a su restitución.(arts. 1536 y 1936C.C.C.) El poseedor vicioso responde aun cuando se hubiera perdido estando en poder de quien tiene derecho a su restitución. (art. 1936 C.C.C.).

Son normas de excepción, y porque en el caso del autor del hurto, si bien su conducta es antijurídica y está obligado a reparar todo daño ocasionado a la víctima del hurto, también está obligado a restituir, y entendemos que esa obligación de restituir no forma parte de la indemnización, porque no es consecuencia del ilícito sino del carácter de dueño que tiene el propietario despojado. Lo mismo puede decirse del poseedor vicioso.

El incumplimiento relativo de la obligación es equiparable al absoluto, pues en la faz de la responsabilidad, siempre es posible el cumplimiento por su equivalente. Entonces

resulta indiferente que la obligación pueda cumplirse como en su faz puramente obligacional.

A partir de la detección del problema práctico que se advierte en los casos de exoneración de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor, (diagnóstico), evaluamos como conclusión, la definición del instituto por sus requisitos en: uno, con contenido mínimo (imprevisibilidad, caso contrario inevitabilidad y ajenidad) y otros con connotaciones específicas (sobreviniencia, actualidad, especial extraordinariedad).

La propuesta así delineada, nos lleva a asumir como *casus*, (liberatorio) a los hechos que reúnan los caracteres exigidos, extingan o no la obligación, lo que permite su aplicación a los casos de imprevisión contractual y frustración del contrato, así como a todas aquellas situaciones de resolución jurídica inequitativas, para las que abre la vía de la readaptación judicial o contractual de los compromisos asumidos.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Acuña Anzorena, A., *“Estudios sobre la responsabilidad civil”*, La Plata, 1963.
- Agoglia, M.M., Boragina, J.C., Meza, J.A., *“Responsabilidad por incumplimiento contractual”*, Bs.As., 1993.
- Aguilar, H.D., *“Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley”*, Bs.As., 1950.
- Albaladejo, M., *“Derecho Civil”*, 8ª ed., Barcelona, 1989.
- Alimena, Bernardino, *“Principios de derecho penal”*, Vol.1, Madrid, Victoriano Suarez, 1915, p 412.
- Alterini, Atilio Aníbal. *“Responsabilidad civil”*, 3ª ed. Bs.As.
- Alterini A.A., Ameal, O.J., Lopez Cabana, R.M. *“Derecho de las obligaciones civiles y comerciales”*, Ab.Perrot, 2ª ed. Actualizada.
- Alterini, A.A., Lopez Cabana R.M., *“Cuestiones Modernas de Responsabilidad Civil”* Bs.As. 1988.
- “Enciclopedia de la Responsabilidad Civil”*, Bs.As., Ab. Perrot, 1998.
- Aristóteles, *“Ética Nicomaquea”*. Versión de Antonio Gomez Robledo. Ed. Porrúa. México. 1997.
- Aubry, C., Rau, C., *“Cours de droit civil français”*, Paris, 1942.
- Balmes, Jaime, *« El Criterio »*, ed. Alba, 1996, Madrid.
- Barbero, D., *“Sistema del derecho privado”*, trad. Sentís Melendo, Bs.As., 1967.
- Baudry Lacantinerie, G.-Barde, L., *“Traité théorique et pratique de droit civil”*, Paris, 1900.
- Beltran de Heredia y Onis, P., *“El incumplimiento de las obligaciones”*, Madrid, 1990.
- Belluscio, A.C.-Zannoni E.A., *“Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado, y concordado”* Astrea, Bs.As., 1979.
- Benabent, *“Droit civil. Les obligations”*, Paris, 1987.
- Betti, E., *“Teoría general de las obligaciones”*, trad. J.L. de los Mozos, Madrid, 1969.
- Boffi Boggero, L.M., *“Tratado de las obligaciones”*, Bs.As., 1985.
- Bonasi Benucci, E., *“La responsabilidad civil”*, Fuentes Lojo y Perè Raluy, Barcelona, 1958.
- Bonfante, P. *“Instituciones de derecho romano”*, Reus, Madrid, 1959.

- Borda, G.A., *“Tratado de Derecho Civil argentino”*.ed. Ab. Perrot, Bs.As., 1971.
- Borda, G.A., *“Manual de Derecho de las Obligaciones”*, 2003.Ab. Perrot, Bs.As.
- Brebbia,R.H., *“Daño Moral”*, Rosario,1967.
- “Hechos y actos jurídicos”*,Astrea, Bs.As. 1979.
- Bullard Gonzalez,A. *“Estudios de análisis económico del derecho”*,Perù, ed.ARA 1996.
- Bunge.M. *“Causalidad.El principio de la causalidad en la ciencia moderna”* Eudeba. Bs.As. 1972.
- Bueres,A.J. – Highton E.I., *“Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”*. Hammurabi Bs.As.1998.
- Busso, E., *“Código Civil anotado”*,Bs.As., 1955/58.
- Bustamante Alsina, J.H., *“Estudios sobre la responsabilidad civil”*, Bs.As.1984/92.
- “Tratado general de la responsabilidad civil”* Bs.As. 1986.
- Carbonnier,J., *“Droit civil.Les obligations”*.Paris, 1988.
- Calabresi,G. *“The cost of accidents.A legal and economic análisis.”*, New Haven,London 1970; en español: *“El coste de los accidentes”*, trad. J.Bisbal, Barcelona, 1984.
- Cammarota,A., *“Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos”*, Bs.As. 1947.
- Caramés Ferro,J.M. *“Curso de derecho romano”*, Perrot,Bs.As. 1958.
- Castan Tobeñas, J., *“Derecho civil español, comun y foral. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general”*, revisada por G.Garcia Cantero, Madrid, 1983.
- Cazeaux, P.N., Trigo Represas, F.A. *“Derecho de las Obligaciones”*, La Plata, 1974.
- Clavero,B. *“Temas de historia del derecho. Derecho común”*. Sevilla,1979.
- Cifuentes,S. *“Código Civil anotado”* ed. La Ley.Bs.As.
- Colin,A.-Capitant, H., *“Curso elemental de derecho civil”*, trad. por D.de Buen, rev. por M. Battle, Madrid, 1960.
- Colmo,A., *“De las obligaciones en general”*, Bs.As., 1961.
- Colombo,L.A., *“Culpa Aquiliana.Cuasidelitos”*, 3º ed. Bs.As. 1965.
- Compagnucci de Caso, R., *“Seguros y responsabilidad civil”*, Astrea, Bs.As.1984.

- Castan Tobeñas, J., *“Derecho civil español, común y foral. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general”*, revisada por G.García Cantero, Madrid, 1983.
- Concepción Rodríguez, J.L. *“Derecho de daños”*, Barcelona.1997.
- Crome,C., *“Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese”*, Trad.A.Ascoli y F. Cammeo, Milano, 1908.
- Chabas,F., *“Responsabilité civile et responsabilité pénale”*, Paris, 1975.
- Chartier, Y., *“La réparation du préjudice”*, Paris, 1983.
- De Gàsperi, L., Morello,A.M., *“Tratado de Derecho Civil”*, Bs.As. 1964.
- Demogue, R., *“Traité des obligations en gènèral”*, Paris, 1923-1925.
- Demolombe, C., *“Cours de Code Civil”*, Bruxelles, 1882.
- Díaz de Lezcano Sevillano, Ignacio, *« El caso fortuito y la fuerza mayor en el Código Civil »*, Universidad de La Laguna, Tenerife, España. 1987.
- Diez-Picazo,L. *“Fundamento del derecho civil patrimonial”*,4ª ed. Madrid, 1993.” *La doctrina de los propios actos”*, Barcelona, España, Ed. Aries, 1963.” *El principio general de la buena fe”*, ed. Civitas, Madrid, España, 1983.
- Dupichot, J., *“Le droit des obligations”*, 2ª ed., Paris, 1983.
- Ennecerus L.” *Derecho Civil”*, Barcelona, España,1935,
- Espín Canovas,D., *“Manual de derecho civil español”*.3ª ed., Madrid, 1970.
- Exner,A.”*De la fuerza mayor en el derecho mercantil romano y en el actual”*, trad.Dr.Emilio Milana y Villagrasa,Victoriano Suarez, Madrid, 1905.
- Fernandez Martin-Granizo. *“Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español”* Pamplona .1972.
- F.Bonnet, Ramón, *“Código Civil Comentado”*, Madrid. España,ed. Aguilar. 1962.
- Flour, J. ,Aubert,J.L., *“Droit Civil.Les obligations”*,6ª ed. Paris, 1986.
- Gaudemet,E.- Desbois,H.-Gaudemet,J., *“Théorie gènèrale des obligations”* (reimp.ed.1937), Paris, 1965.En español: *“Teoría general de las obligaciones”*, trad. P. Macedo, Mèxico, 1974.
- Freytes, Alejandro E. *“ La frustración del fin de contrato y el Proyecto de Código”* La Ley; año LXXVII nro.93, miércoles 22 de mayo de 2013.
- Gamarra. *“Tratado de Derecho Civil uruguayo.T XX, Responsabilidad civil extracontractual. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo,1988.*

- García Goyena, Florencio . “*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*”, Madrid, 1852, Imprenta de la Sociedad Tipográfica Editorial
- Gesualdo, D.M., “ *Responsabilidad civil: dos ensayos. El auge de los factores.*” Bs.As. 1987
- Ghestin, J., “*Traité de droit civil: les obligations. Le contrat*”, 2ª ed., Paris, 1988.
- Gherzi, C.A.- Gramano, G., Sobrino, A.R.-Tosti, S.-Vergara, L.-Yannaduoni, G., “*Obligaciones Civiles y Comerciales*”, Bs.As., 1994. “*Contratos Civiles y Comerciales*” 3ª ed. Astrea, 1994.
- Gianfelici, M.C., “*Caso fortuito y fuerza mayor*” A. Perrot, Bs.As. 1995.
- Giorgi, J. “*Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*”, trad. redacción de “La Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, Madrid, 1928.
- Goldenberg, I.H., “*Indemnización de daños y perjuicios*”, Buenos Aires, 1993.
- Grossi, P., “ *El orden jurídico medieval*”. Madrid, 1996.
- Grote, A. “*Historia de Grecia*”
- Guiho, P., “*Cours de droit civil. Les obligations*”, Paris 1983.
- Guillod, O., “*Développements récent du droit de la responsabilité civile*”, Zurich, 1991.
- Hernández Gil, A., “*Derecho de Obligaciones*”, Madrid, 1983.
- Huber, P.W., “*Liability*” New York, 1990.
- Hume, David, “*L'entendement. Traité de la nature humaine*” GF-Flammarion. Francia. 1983.
- Goldenberg I. “*Responsabilidad civil*”, nº 14. Ed. Hammurabi.
“*Indemnización de daños y perjuicios. La extensión del resarcimiento y la relación causal*”
- Jiménez de Asúa, “*Tratado de derecho penal*” T. IV. Losada. Bs.As. 1962, p. 226.
- Ihering, Gierke y Stobbe, “*La responsabilidad sin culpa* “citados por Garcilopez Miguel, Madrid, 1930.
- Jordano Fraga, F., “*La responsabilidad contractual*”, Madrid, 1987.
- Josserand, L., “*Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones*”, trad. S. Cunchillos, y Manterola, Bs.As., 1950.
- Julliot de la Morandière, L., “*Droit Civil*”, Paris 1964.

- Kemelmajer de Carlucci, A., *“Temas modernos de responsabilidad civil”*, Lima, 1991. Parellada, C.A. (coord.), *“Derecho de daños. Segunda parte. Homenaje a Félix Alberto Trigo Represas”*, Bs.As., 1993.
- Lacruz Berdejo, J.L.-Sancho Rebullira, F. de A.-Luna Serrano, A.-Delgado Echeverría, J.- Rivero Hernandez, F.-Rams Albesa, J., *“Elementos de derecho civil II. Derecho de obligaciones. 3ª ed.”*, Barcelona, 1994.
- Lafaille, H., *“Tratado de las obligaciones”*, Bs.As., 1947/50.
- Lalou, H. *“Traité pratique de la responsabilité civile”*, Paris, 1962.
- Larenz Karl, *« Base del negocio y cumplimiento del contrato »*
- Larroumet, Ch., *“Droit civil. Les obligations. Le contrat.”* 3ª ed., Paris, 1996.
- Laurent, F., *“Principes de droit civil”*, Bruselas-Paris, 1875.
- Le Galcher-Baron, M., *“Les obligations”* 5ª ed. Por Patrice Level, Paris, 1986.
- Le Tourneau, Ph., *“La responsabilité civile”* 2ª ed. Paris, 1976.
- Lete Del Río, J.M., *“Derecho de obligaciones”*, Madrid, 1988.
- Leon, P., *“Apuntes de obligaciones”*, Córdoba, 1969.
- Locke, John, *“Ensayo sobre el entendimiento humano”* ed. Aguilar, 1963.
- Lopez Cabana, R.M., *“La demora en el derecho privado”*. Bs.As., 1995. coord. *“Responsabilidad civil objetiva”*, Bs.As., 1995.
- Lopez del Carril, G. *“Responsabilidad civil en rutas, autopistas y vías de circulación”*, La Ley, 1999. Bs.As.
- Lopez de Zavalía, *“Teoría de los contratos”*, Zavalía Bs.as. 1984.
- Lopez Olaciregui, J.M., *“La fuerza mayor y la orden del soberano ante la teoría de la responsabilidad civil”*, J.A. 1944-IV.
- Lorenzetti, R., *“Tratado de los contratos. Parte general”* ed. Rubinzal Culzoni 2004.
- Llambías, J.J., *“Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”*, 3ª ed. Bs.As. 1978/80. *“Código Civil anotado, doctrina y jurisprudencia”*, ed. Ab. Perrot, Bs.As. 1979. *“Estudio de la reforma del Código Civil ley 17.711”*, Bs.As. 1969.
- Llerena, B., *“Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino”* 3ª ed. Bs.As., 1931.
- Machado, J.O., *“Exposición y comentario del Código Civil Argentina”*, Bs.As. 1898.
- Maine, H., *“El derecho antiguo”*,
- Mayo, Jorge A. *“La imposibilidad de cumplimiento”* “Responsabilidad contractual-I” (17). Rubinzal-Culzoni.

- Malaurie, Ph.-Aynès, L., “*Droit Civil. Les obligations*” ,Paris, 1985.
- Marty, G., “*Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones*”, trad. J.M. Cajica. J.R., Puebla, 1952.
- Marty, G.- Raynaud, P. “*Droit Civil. Les obligations.*”, Paris, 1988.
- Mazeaud, H., L. y J.-Chabas, F., “*Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale.*” 8ª ed. Paris, 1991.
- Mazeaud, H. L. y J.-Chabas, F.”*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, delictuelle et contractuelle*”(T III) 6ª ed. Paris, 1978/83.
- Mazeaud, H. y L.- Tunc, A., “*Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*”, trad. L. Alcalá Zamora y Castillo. Bs.As. 1961.
- Messina de Estrella Gutierrez, G.N., “*La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y prospectiva*” 2 ed. Bs. As. 1997.
- Meza-Boragini “*Caso fortuito y fuerza mayor. (Hechos de la naturaleza y hechos del príncipe)*”. Revista Derecho de Daños, “*Eximentes de responsabilidad*” I Rubinzal Culzoni, 2006.1
- Moisset Espanés, L., “*Curso de obligaciones*”, Córdoba, 1993
- “*Responsabilidad Civil. Jornadas Australes de Derecho.*(Comodoro Rivadavia). Córdoba. 1984.
- Montes, A.C., “*El incumplimiento de las obligaciones*” Madrid, 1989.
- Montero y Gutierrez, Eloy, “*Manual de Derecho Canónico*” . Ed.”Perrot” 1950.
- Morello, A.M., “*Indemnización del daño contractual*”. Bs.As. 1967.
- Mosset Iturraspe, J., (dir.)-Kemelmajer de Carlucci, A. (coord.)-Gherzi, C.A.-Stiglitz, G.A.-Parellada, C. (coar.)-Echevesti, C.A., (colab.), “*Responsabilidad Civil*” Bs.As. 1992.
- Mosset Iturraspe, J., -Diez Picazo, L.-Busnelli, F.-Perret, L.-Da Couto e Silva, C., “*Daños*” Bs.As. 1991.
- Mosset Iturraspe, J., “*Estudio sobre la responsabilidad por daños*” Santa Fe, 1980/1982. “*Responsabilidad por daños*” Bs.As., 1971/85.
- Mosset Iturraspe, Jorge; Piedecabras, Miguel A. “*La extinción del contrato. Responsabilidad extracontractual derivada del contrato*”. Responsabilidad Civil y Contratos. Rubinzal Culzoni. 2008.
- Orgaz, A., “*La culpa*”(actos ilícitos), Córdoba, 1970. “*El daño resarcible*”, Córdoba, 1980. “*La ilicitud*”, Córdoba, 1973.
- Padilla, R.A., “*Sistema de la responsabilidad civil*”, Buenos Aires, 1997.
- Paludi O.G., “*El Código Civil. La relación de causalidad en la responsabilidad por el hecho propio*”, Bs.As. 1976.

- Peña Guzman,L.A.-Arguello, R.L.”*Derecho romano*” Bs.As. 1966.
- Peirano Facio J. “ *Responsabilidad extracontractual*”. Ed. Depalma. 1954.
- Petit,E. “*Tratado elemental de derecho romano*”,trad.por José Fernandez Gonzalez, Porrúa, Méjico, 1990.
- Planitz Hans. “*Principios de derecho privado germánico*” Barcelona 1958. p.223
- Posner,R.A., “*Tort law.Cases and economic análisis*”,Boston,1990.
- Posner R.A. y Rosenfield, “*Impossibility and related doctrines in contract law an economic análisis*” 6 journal of legal Studies 83.1977.
- Pothier,R.J., “*Tratado de las Obligaciones*”,trad.M.C. de las Cuevas,Bs.As.1978.
- Pizarro Ramón D.-Vallespinos Carlos G. “*Instituciones de derecho privado.Obligaciones*” .ed. Hammurabi.1999.
- Puig Brutau,J.”*Fundamentos de derecho civil*”,Barcelona., 1954.
- Puig Peña, F..”*Tratado de derecho civil español*”, Madrid, 1951.
- Rassat,M.,”*La Responsabilité civile*”, 2ª ed.;Paris, 1981.
- Rezzónico, L.M., “*Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*”, 9ª ed. Bs,As. 1961.
- Ribo Duran, L.,(coord) “*Derecho de daños*”.Barcelona.1992.
- Ripert, G.- Boulanger,J., “*Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*”, trad.D.Gracia Daireaux. Superv.J.J.Llambías.Bs.As. 1964/65.
- Roca Sastre,R.M., “*Estudios de derecho privado.Obligaciones y contratos.*” Madrid.1948.Rogel Vide, C., “*La responsabilidad civil extracontractual en el derecho español*”.Madrid, 1979.
- Salas,A.. “*Código Civil y leyes complementarias anotadas*” ed. Depalma .1971.
- Salerno,M.U., “*Obligaciones.Régimen jurídico*”, Bs.As. 1995.
- Salvat, R.M.-Acuña Anzorena,A., “*Tratado de derecho civil argentino*”.Bs.As.1958.2ªed.
- Santos Briz,J.,”*Derecho Civil.Teoría y Práctica*”,Madrid,1985.
- Savatier, R., “ *La Théorie des obligations en Droit privé économique*” 4ª ed. Paris.1979.
- Segovia,L., “*El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*” Bs.As.,1881.
- Soto Nieto, ”*El caso fortuito y el caso mayor: los riesgos en la contratación*”, Barcelona, Nauta, 1965.
- Spinoza, Baruch de, “*Ética demostrada según el orden geométrico*” ed. Quadrata, Bs.As. 2005.

- Spota, A.J., Leiva Fernandez L.F.P. actualizado, “*Contratos. Instituciones de derecho civil* “ 2° ed. Actualizada y ampliada. Tomo III parte general. La Ley.
- Starck, B.-Roland, H.-Boyer, L., ” *Droit civil. Les obligations.*”, Paris, 1985/86.
- Stiglitz, G.A.-Echevesti, C.A.,- Solsona, G.E.-Cambi, M.C., ” *“Obligaciones, parte general”*, Rosario, 1994.,
- Stiglitz, G.A., ” *La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas*”, Bs.As., 1984.
- Torres Vasquez Aníbal, “*Acto Jurídico*” 2001 2° ed. Editorial Idemsa Lima. Perú.
- Trigo Represas F.A.-Stiglitz, R.S.(dir.) “*Derecho de daños*”. Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe. ” .Bs As. 1989
- Trigo Represas, Félix.” “*Casus*” y *Falta de Culpa*” La Ley 1981-B. Bs.As.
- Tunc A., ” *La responsabilité civile*”, Paris, 1981.
- Vazquez Ferreyra R.A., “*Responsabilidad por daños. (elementos)*.” Bs.As. 1993. « *Los presupuestos del deber de reparar* » La Ley ISSN 024-1636.4 de mayo de 2012. Bs.As.
- Villoro Toranzo, Miguel. “*Introducción al Estudio del Derecho*”. Porrúa, Méjico. 1993
- Viney, G., en Ghestin, J., “*Traité de droit civil. Les obligations. La responsabilité*”, Paris, 1982/88.
- Von Tuhr, A., « *Tratado de las obligaciones* », Reus, Madrid, 1934.
- Watzlawick, Paul. “*La realidad inventada*” Gedisa 6° edición. España. 2005.
- Wayar, E.C., “*Derecho Civil. Obligaciones.*” Bs.As. 1990.
- Weill, A.-Terre, F. ” *Droit civil. Les obligations.*” Paris, 1986.
- Zannoni, E.A., ” *El daño en la responsabilidad civil*” 2ª ed. Bs.As. 1987.
- Zavala de Gonzalez, M.M., “*Resarcimiento de daños*”. *Daños a los automotores. Daños a las personas. El proceso de daños.*” Bs.As. 1989/93.
- “*Personas. Casos y cosas en el derecho de daños*”, Bs.As. 1991.

BIBLIOGRAFIA INFORMÁTICA.

Código de Hammurabi. <http://abcdioses.noneto.com>
www.egiptologia.com “*Concepto de justicia, ley y derecho en el antiguo Egipto*”.

Quesada, Juan Marcos. “*El Corán como fuente de derecho*”. Dialnet.uniroja.es. Cuadernos de historia del derecho ISSN. 1133-7613-nº 11.

Padilla Suarez, Alejandra. "Introducción a la sociología, la economía y las ciencias políticas". Tema 5, "Sociedad, Estado y Política". Eumed.net.biblioteca virtual.

Jansen,Nils, "Estructura de un derecho europeo de daños.Desarrollo histórico y dogmática moderna". Pag. 12 y ss..En www.indret.com.

Bravo Lira B. " Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana". www.restudioshistoricos.equipu.cl/index.php/rehj/article/viewfile/118/115. Univ. de Chile.

Guzman Brito, A. " Las fuentes de las normas sobre interpretación de las leyes del "Digeste des lois civiles" (Code Civil) de la Louisiana." Revista de estudios históricos-jurídicos.ISSN 0716-5455, nro.31, p.171-175. Dialnet. Univ. de La Rioja.

Universidad de la Sorbona en octubre del 2008, bajo el interrogante: "Que derecho contractual para la Unión Europea?"

[www.dohaime.org/ legalDictionary](http://www.dohaime.org/legalDictionary)).

www.derechomercantilpana.blogspot

http://books.google.com.ar/books/about/C%C3%B3digo_Europeo_de_Contratos.html?id=_18ts5nLMwYC&redir_esc=y

Medina Crespo, Mariano. Medina Alcoz María, " La fuerza mayor y su condicionada virtualidad exoneradora en sede de responsabilidad civil" . P. 2.

www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Ma

Sentencia 00291/2012 del 3 defebrero.T.S.J.Asturias.Portaljurídico.lexnov.es.

Castro A.M., Zapata A.C., "La cláusula de hardship en la contratación internacional" Revista foros.uexternado.edu.co.

www.docentes.unal.edu.com/wjimenezg/docs. Gimenez Gil, W. "La Teoría de la imprevisión. Regla o principio general de derecho?"

Acuña Alvarado, A.E. " La teoría de la frustración del fin del contrato y su aplicabilidad en Costa Rica". ".<http://.ijj.ucr.ac.or/download/file/fid/18/>.

¹ Maldonado, Carlos E. "Esbozo de una filosofía de la lógica de la complejidad." Publicado en "Visiones sobre la complejidad", 2º ed. Colección "Filosofía y Ciencia" nro.1, Santafé de Bogotá.Editor y coautor.www.carlosmaldonado.org

