

Título: Imposibilidad de cumplimiento, caso fortuito y fuerza mayor. Importancia y aplicación en situaciones de emergencia

Autor: Calvo Costa, Carlos A.

Publicado en: LA LEY 28/04/2020, 28/04/2020, 1

Cita Online: AR/DOC/1187/2020

Sumario: I. Introducción.— II. La imposibilidad de cumplimiento.— III. El caso fortuito y la fuerza mayor.— IV. Conclusión.

La actual situación provocada por la pandemia y por la normativa dictada en el marco de la emergencia no ha impactado solamente en el ámbito sanitario, sino que también ha provocado drásticas consecuencias en la economía, que influyen sobre todo en las relaciones contractuales, produciendo alteraciones extraordinarias de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato.

(*)

I. Introducción

Las circunstancias que estamos transitando en la actualidad han provocado, provocan y provocarán efectos anormales y no deseados en las relaciones jurídicas. Las medidas dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional a través de sus decretos de necesidad y urgencia ante la pandemia, en un contexto de emergencia sanitaria, han determinado —entre otras cosas— el aislamiento social, preventivo y obligatorio (con la consecuente paralización de muchas actividades económicas y laborales por el tiempo allí previsto) y también han producido efectos sobre determinadas situaciones jurídicas contractuales (p. ej., hipotecas y alquileres); son consecuencias que no han podido ser previstas por las partes al momento de convenir sus derechos y deberes.

Sabemos que —como regla general— el incumplimiento de las obligaciones es generador de responsabilidad civil y, a priori, quien incurre en él debe reparar las consecuencias disvaliosas emanadas de esa falta de cumplimiento. Sin embargo, si el incumplimiento obligacional se produce por una causa sobreviniente no imputable a la conducta del deudor, la obligación es susceptible de ser extinguida sin que éste deba reparar daño alguno al acreedor. El Código Civil y Comercial prevé distintas normas genéricas aplicables cuando ello sucede, que habremos de abordar seguidamente. Y en ello, claro está, adquieren sideral importancia también el caso fortuito y la fuerza mayor, institutos que —a los fines de los efectos jurídicos— el derecho argentino toma como sinónimos, más allá de las diferencias conceptuales y del origen que se atribuye a cada uno de ellos, a los cuales nos referiremos posteriormente.

Advertimos al lector que nos referiremos a estos institutos con carácter general, sin abordar —por lógicas razones de extensión— las normas particulares que en el ordenamiento jurídico nacional se refieren a ellos en otras áreas del derecho: contratos, derechos reales, derecho de familia, derecho del consumidor, seguros, etcétera.

II. La imposibilidad de cumplimiento

II.1. Importancia del instituto

Si bien, como hemos mencionado precedentemente, la regla general que impera en la materia determina que el deudor es responsable del incumplimiento de la obligación a su cargo, su responsabilidad se torna inexistente cuando la prestación resulta imposible de ejecutar en razón del caso genérico del art. 1730, Cód. Civ. y Com. En tal sentido, decía el Digesto: *ad impossibilia nemo tenetur* (nadie está obligado a lo imposible).

El art. 955, Cód. Civ. y Com., dispone expresamente en su primera parte: "La imposibilidad sobrevinida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad".

Es decir, el efecto principal de la imposibilidad de cumplimiento sobrevinida, objetiva, absoluta y definitiva de la obligación es la extinción de la obligación y la consecuente liberación del deudor, siempre que la imposibilidad sea producida por un caso fortuito o fuerza mayor y resulte totalmente ajena a la conducta del deudor.

La cuestión fundamental de la responsabilidad por incumplimiento recae sobre la configuración de la prueba liberatoria a cargo del deudor; por ende, será el solvens incumplidor quien deberá acreditar algún extremo idóneo para sustraerse a la obligación de tener que reparar el daño ante la falta de ejecución de la prestación comprometida [\(1\)](#). Ello así, puesto que el acreedor de una obligación preexistente persigue la realización de su interés, y, por ende, el deudor está constreñido a cumplir con la prestación prometida; de no cumplirse ello, el deudor estará obligado a resarcir los daños provocados por su incumplimiento, a no ser que éste haya sido provocado por una causa que no le es imputable. Aquí es donde se torna relevante el instituto de la

imposibilidad de cumplimiento, que —como lo expresa una calificada doctrina— es una consecuencia del caso fortuito (que luego analizaremos), aunque a los fines de la exoneración del deudor ambos conformen en materia obligacional un todo inseparable [\(2\)](#); sin embargo, es importante destacar que presentan diferencias conceptuales, toda vez que la imposibilidad de cumplimiento resulta ser una consecuencia del caso fortuito, por lo cual el deudor deberá demostrar que ese hecho imprevisible, irresistible e inevitable le imposibilita cumplir con la prestación asumida.

II.2. Requisitos

Para que medie imposibilidad de cumplimiento como causa de extinción de las obligaciones, se deben configurar los siguientes requisitos:

— Que la prestación se haya tornado efectivamente imposible, en razón de una causa sobrevenida. La imposibilidad aludida en el Código Civil y Comercial puede ser física o jurídica. Habrá imposibilidad física cuando la prestación sea de realización físicamente imposible, como suele suceder en las obligaciones de hacer intuitu personae ante el fallecimiento del deudor obligado (v.gr., muerte del pintor famoso obligado a pintar un cuadro determinado). En cambio, habrá imposibilidad jurídica cuando aparece un obstáculo legal que se opone a la realización de la prestación debida, aun cuando ella sea materialmente posible de ser cumplida (v.gr., la venta de una cosa que haya sido puesta fuera del comercio; o la prohibición legal de ejecutar una actividad en una zona determinada, etc.).

La mera dificultad (*difficultas praestandi*) [\(3\)](#), por más complicada que ella sea, no da lugar a esta causal de extinción; por el contrario, debe tratarse de una verdadera imposibilidad. Debe destacarse, además, que la imposibilidad de cumplimiento debe ser también sobrevenida, es decir, debe ser posterior al acto que ha generado la obligación, ya que, si fuera contemporánea al otorgamiento del acto o contrato, nos encontraríamos con que existe un efecto originario fundamental por la falta de objeto —la prestación—, por lo que el problema sería la validez o no de la relación obligatoria, es decir, una cuestión de nulidad [\(4\)](#).

Debe quedar claro también, como lo establece el art. 955, Cód. Civ. y Com., que dicha imposibilidad debe ser objetiva, absoluta y definitiva:

1) por objetiva debe entenderse que el impedimento esté referido al contenido de la prestación en sí y por sí considerada, con abstracción de todo elemento que sea extrínseco a la prestación misma [\(5\)](#). Cabe aclarar, entonces, que cuando hablamos de imposibilidad objetiva lo hacemos refiriéndonos al objeto de la obligación, mientras que cuando se habla de imposibilidad subjetiva se hace hincapié en la persona del deudor. A modo de ejemplo, se puede decir que la muerte de un caballo de carrera que constituía la cosa a entregar por el deudor para cumplir con la obligación provoca una imposibilidad de cumplimiento absoluta y objetiva;

2) por absoluta, aquella que no puede ser vencida por las fuerzas humanas [\(6\)](#), por lo cual la prestación no puede ser llevada a cabo por nadie. En razón de ello, si existiera alguna persona que —en una situación análoga— pudiera llevar a cabo el cumplimiento, ya no nos encontraríamos en presencia de una imposibilidad absoluta, sino —tal vez— de una de tipo relativa; y

3) por definitiva, que no puede ser cumplida la prestación con posterioridad a la ocurrencia del hecho impeditivo. En realidad, aun cuando el ordenamiento jurídico argentino prevea también el supuesto de que la imposibilidad sea temporaria (art. 956, Cód. Civ. y Com.), la absoluta es la única clase de imposibilidad que exonera al deudor de cumplimiento, ya que la temporaria sólo suspende la ejecución de la obligación y exime al deudor de la reparación del daño moratorio que pueda sufrir el acreedor [\(7\)](#).

— Que la imposibilidad se haya producido sin culpa o dolo del deudor. La imposibilidad, en consecuencia, no debe ser imputable al deudor, puesto que, en tal caso, no sólo no extinguiría la obligación, sino que agravaría la situación de éste, quien además deberá pagar los daños y perjuicios que ocasione por ello al acreedor, como veremos seguidamente. Así lo establece el art. 955, in fine, Cód. Civ. y Com. Por ende, la prestación debe tornarse imposible en razón del caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730, Cód. Civ. y Com.), es decir, sin culpa o dolo del deudor.

— Que el deudor no responda por caso fortuito. Si el deudor ha asumido a su cargo el responder aun por caso fortuito, no podrá exonerar su responsabilidad y responderá por el incumplimiento. Así lo dispone en nuestro Código Civil y Comercial el art. 1733, inc. a). Volveremos más adelante sobre esta cuestión. Debemos aclarar aquí que el alcance del caso fortuito como hecho liberatorio es una cuestión compleja, compuesta por dos elementos: uno objetivo —la imposibilidad sobrevenida— y otro subjetivo —la no imputabilidad del deudor— [\(8\)](#). La imposibilidad sobrevenida es así un elemento que integra el hecho complejo que importa el acontecimiento impeditivo, puesto que mientras no ocurra la referida imposibilidad, carece de relevancia que el hecho tenga las características del caso fortuito [\(9\)](#) (es decir, el deudor, pese a la ocurrencia del caso fortuito, puede cumplir con la prestación asumida). Por ende, resulta importante distinguir entre el incumplimiento en sí

mismo considerado y el hecho complejo que importa el caso fortuito —incluida la imposibilidad sobrevenida—, en el sentido de que el primero debe encontrarse en relación causal adecuada con el segundo, toda vez que el caso fortuito debe ser la causa determinante del incumplimiento para que el deudor no responda por los daños que ocasione al acreedor con dicha falta de cumplimiento.

II.3. Supuesto de imposibilidad sobrevenida por causas imputables al deudor

El *id quod interest*: es evidente que cuando esa imposibilidad de cumplimiento de la obligación se ha configurado por alguna causa que es imputable al deudor, en razón de un criterio legal de imputación subjetivo u objetivo, ello no lo liberará de responder por las consecuencias del incumplimiento. Así lo dispone el art. 955, Cód. Civ. y Com., en su parte final: "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". A idéntica solución habrá de arribarse en el supuesto en que el deudor haya asumido el caso fortuito o exista una disposición legal que lo ponga a su cargo. Destacamos, sin embargo, que aun cuando la obligación se convierta en la de pagar una indemnización dineraria, ello no implica el nacimiento de una nueva obligación, sino que subsiste la obligación primitiva, que sólo sufre una mutación en su objeto, el que va a ser sustituido por el valor de los daños sufridos por el acreedor como consecuencia del incumplimiento. Es el llamado *id quod interest* [\(10\)](#).

Asimismo, el Código Civil y Comercial también prevé el supuesto de extinción de la obligación para el caso en que la imposibilidad sea solamente temporaria y no definitiva, pero limitado a los supuestos previstos en la norma. Así, dispone el art. 956, Cód. Civ. y Com.: "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".

Puede ocurrir que la imposibilidad reúna los mismos recaudos previstos en el art. 955, Cód. Civ. y Com., que hemos analizado, pero que, en lugar de ser definitiva, sea temporal o temporaria. Ante ello, cabe preguntarse: ¿debe el acreedor soportar que desaparezca esa causa de impedimento temporaria para poder ver satisfecha la prestación asumida por el deudor? Algunos autores han manifestado al respecto que, de contestarse afirmativamente tal interrogante, sin reserva alguna, podría prolongarse sine die el tiempo de incumplimiento, pudiendo llegar a constituir incluso un abuso del deudor el mantener incumplida la obligación sin ningún tipo de consecuencia para el solvens. En tal caso, se sostenía ya antes de la sanción del Código Civil y Comercial que debía reconocérsele al acreedor la facultad de asimilar la imposibilidad temporaria a la definitiva para obtener la disolución del vínculo obligacional, aun sin cargo alguno para el deudor, si es que el acreedor no tiene interés en el cumplimiento luego de que ello ocurra [\(11\)](#). Ésta era la solución prevista expresamente en el art. 1256 del Cód. Civil italiano, y la pregonada por una calificada doctrina extranjera [\(12\)](#), y que recoge ahora el Código Civil y Comercial en el art. 956. Pero, como lo hemos mencionado anteriormente, la imposibilidad temporaria no exonera al deudor, sino que —salvo que con ella se frustre definitivamente el interés del acreedor— sólo produce una suspensión de los efectos de la relación jurídica durante el período en que persista dicha imposibilidad (v.gr., que no deba abonar el deudor intereses moratorios por no haber cumplido en el plazo pactado); pero, una vez que el evento que provocaba la imposibilidad temporaria desaparezca, los efectos de las obligaciones asumidas se reanudarán automáticamente [\(13\)](#).

También dispone el art. 956, Cód. Civ. y Com., que la imposibilidad temporal tendrá efecto extintivo cuando "su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible". Así, el efecto extintivo se producirá cuando el plazo pactado y previsto en la obligación sea esencial: ello guarda lógica y razonabilidad, toda vez que el plazo es esencial cuando el tiempo en que debe cumplirse la prestación ha sido un elemento determinante para que el acreedor la celebre, ya que, de no cumplirse en dicha fecha, la prestación no le será útil, dado que carece de interés para él (v.gr., se contrata un servicio de lunch para la fecha en que se celebra la fiesta de casamiento del acreedor). El plazo esencial no admite la posibilidad de incumplimiento relativo (cumplimiento tardío) por carecer de utilidad para el acreedor, por lo cual su falta de cumplimiento en término provoca el incumplimiento absoluto de la obligación por parte del deudor.

III. El caso fortuito y la fuerza mayor

Otros de los institutos a los que vamos a referirnos son el caso fortuito y la fuerza mayor, que comprenden un ámbito mucho más amplio que el de la imposibilidad de cumplimiento, ya que no sólo tendrán incidencia en el ámbito contractual, sino también en el extracontractual, como factores que interrumpen la causalidad; ello así, ya que el hecho que provoca el daño se debe a factores totalmente extraños a la conducta del agente, lo cual imposibilita que pueda ser atribuido a sujeto alguno [\(14\)](#). A raíz de ello, nos encontramos ante un supuesto de causa ajena idónea para fracturar el nexo causal y provocar, por ende, la liberación del demandado, erigiéndose —a tenor de lo dispuesto en el art. 1730, Cód. Civ. y Com.— en la única causal que desplaza completamente la autoría del agente [\(15\)](#) y exime totalmente de responsabilidad a quien pretende endilgarse el daño.

III.1. El caso fortuito y la fuerza mayor en el ordenamiento jurídico argentino

El derogado Código Civil de Vélez Sarsfield establecía en el art. 514: "Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse". Se trataba de una norma que se hallaba emplazada en el ámbito de la responsabilidad contractual y que debía ser armonizada con lo dispuesto por el art. 513, que determinaba la irresponsabilidad del deudor ante un supuesto de incumplimiento ocasionado por dicho evento imprevisto e inevitable (podía ser un caso fortuito o un supuesto de fuerza mayor).

El codificador había asimilado —en cuanto a sus efectos jurídicos— el caso fortuito con la fuerza mayor, aunque destacaba en la nota al citado artículo su diferencia conceptual; afirmaba allí: "Los casos fortuitos o de fuerza mayor son producidos por dos grandes causas; por la naturaleza o por el hecho del hombre. Los casos fortuitos naturales son, p. ej., la impetuosidad de un río que sale de su lecho: L. 15, Dig. Loc. Cond.; los terremotos o temblores de la tierra (íd.), las tempestades; L. 2. Dig. Si quis caution; el incendio: Dig. De incendiis; las pestes, etc. L. 5, § 4, Dig. Commodato. Mas los accidentes de la naturaleza no constituyen casos fortuitos, dice Troplong, mientras que por su intensidad no salgan del orden común. No se debe por lo tanto calificar como caso fortuito o de fuerza mayor, los acontecimientos que son resultado del curso ordinario y regular de la naturaleza, como la lluvia, el viento, la creciente ordinaria de los ríos, etc.; pues las estaciones tienen su orden y su desarreglo, que producen accidentes y perturbaciones que también traen daños imprevistos. Los casos de fuerza mayor son hechos del hombre, como la guerra, el hecho del soberano, o fuerza de príncipe, como dicen los libros de Europa. Se entienden por hechos del soberano los actos emanados de su autoridad, tendiendo a disminuir los derechos de los ciudadanos. Las violencias y 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. El artículo habla de 'casos fortuitos previstos', pero no debe entenderse de una previsión precisa, conociendo el lugar, el día y la hora en que el hecho sucederá, sino de la eventualidad de tal hecho que puede, por ejemplo, destruir los frutos de la tierra, sin que sea posible saber dónde y cuándo sucederá. Por esto, el art. 1773 del Cod. francés expresa que la estipulación que pone los casos fortuitos a cargo del 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, etcétera".

Es más, el art. 1570 del derogado Cód. Civil de Vélez Sarsfield utilizaba ambas designaciones indistintamente: "No siendo notorio el accidente de fuerza mayor [...] la prueba del caso fortuito incumbe al locatario...".

El actual Código Civil y Comercial establece en el art. 1730: "Caso fortuito. Fuerza mayor. 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. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos 'caso fortuito' y 'fuerza mayor' como sinónimos". Es decir, se trata de un evento de carácter extraordinario, que escapa al control humano, razón por la cual el daño no puede ser imputado a nadie [\(16\)](#).

Este concepto reconoce sus orígenes en el mismísimo derecho romano, en donde el Digesto —a través de la fórmula de Ulpiano— establecía que ninguna inteligencia humana puede prever los casos fortuitos (Dig. 50.8.2: fortuitos casus quod nullum humanum consilium providere potest), encontrándose tratado también en Las Partidas (Partida 7ª, tít. 33, ley 11: "casus fortuitus, tanto quiere dezir en romance como ocasión acaesce por ventura de que non se puede ante ver").

Son muchas las normas del Código Civil y Comercial argentino que hacen referencia a los institutos del caso fortuito o fuerza mayor (entre otros, se alude al "caso fortuito" en los arts. 763, 792, 955, 1201, 1203, 1206, 1371, 1376, 1413, 1536, 1730, 1731, 1733, 1767, 1787, 1975, 2146, 2º párr., 2404, 2515 y 2519, y a la expresión "fuerza mayor" en el art. 1258). Al respecto, debemos recordar que, si bien tradicionalmente se entendía que el caso fortuito estaba referido a los hechos de la naturaleza, y la fuerza mayor a los actos humanos, hoy el Código Civil y Comercial los asimila expresamente en el art. 1730 que hemos transcrito, como corolario de una pacífica doctrina calificada [\(17\)](#) y de la jurisprudencia que imperaba en nuestro país en las últimas décadas y que consideraba a ambas expresiones como sinónimos. También el art. 1612 del Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998 rezaba expresamente en su parte final: "En este Código caso fortuito y fuerza mayor son empleados como sinónimos". Es más, una prestigiosa doctrina extranjera que también ha tratado el tema afirmaba que carecía de sentido insistir en la distinción conceptual de ambos institutos cuando sus efectos eran idénticos desde lo jurídico [\(18\)](#).

En el campo de las obligaciones, el caso fortuito y la fuerza mayor, una vez configurados, tendrán virtualidad para:

— Eximir al deudor de responsabilidad por incumplimiento, excepto disposición en contrario, como claramente surge de la letra del art. 1730, Cód. Civ. y Com., razón por la cual, cuando la imposibilidad de cumplimiento obedezca a un hecho considerado fortuito, el deudor no deberá responder por ello.

— Extinguir la obligación por imposibilidad sobrevenida. Aquí es donde se torna relevante el instituto de la imposibilidad de cumplimiento, como lo hemos analizado precedentemente. El art. 955, Cód. Civ. y Com., se encuentra complementado por el art. 1732, Cód. Civ. y Com., que dispone: "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".

Fuera de la órbita convencional, es decir, en el ámbito extracontractual o aquiliano, es muy claro el art. 1730, Cód. Civ. y Com., en cuanto a que el caso fortuito o la fuerza mayor eximen de responsabilidad, por lo cual quien es sindicado a priori como autor del daño no responderá, ya que no existirá nexo de causalidad para poder cargar sobre sus espaldas el deber de reparar el perjuicio [\(19\)](#).

A modo de introducción y de ejemplo, y previo a un análisis más profundo del instituto, resta mencionar que tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que pueden resultar de aplicación las normas del caso fortuito o fuerza mayor en los siguientes casos:

a) Fenómenos naturales. Las fuerzas de la naturaleza son susceptibles de constituir caso fortuito cuando son extraordinarias y por su intensidad salen de lo común. Sin embargo, se considera que es ordinario (y no extraordinario) que las lluvias, los vientos y las inundaciones puedan aumentar su intensidad sin que por ello se consideren inevitables e imprevisibles.

b) Acto de autoridad pública (hecho del príncipe). Se considera tal al emanado de cualquier autoridad pública que impide el cumplimiento de la obligación (v.gr., el dictado de la Ley de Emergencia Económica que instituyó en nuestro país el llamado "corralito financiero", impidiendo a los titulares de cuentas bancarias disponer libremente de los dólares que tenían depositados en ellas). Muchos autores encuentran configurado en este supuesto el típico caso de fuerza mayor [\(20\)](#).

c) Guerra. Podrá constituir caso fortuito o fuerza mayor únicamente cuando ella ha sido sobreviniente a la formación de la obligación y reúna para el deudor los requisitos propios que requiere el caso fortuito y que expondremos en el apartado siguiente.

d) Huelga. Sólo la huelga ilegal puede configurar un caso fortuito; la huelga declarada legal, según nuestro parecer, evidencia que la actitud de resistencia del empleador ha sido irrazonable y no puede servir para eximirlo de responsabilidad frente a los terceros con quienes hubiera contratado [\(21\)](#).

e) Hecho de un tercero. Es el acto emanado de una persona extraña al deudor, el que podrá revestir el carácter de caso fortuito o fuerza mayor en caso de reunir los requisitos del instituto; esto es lo que determina expresamente la última parte del art. 1731, Cód. Civ. y Com. Quedan encuadrados dentro de la órbita del hecho de un tercero: el robo, los atentados, los accidentes que sufra el deudor por la responsabilidad de un tercero, etc. También podrían considerarse caso fortuito o fuerza mayor aquellas situaciones que —como lo destaca una calificada doctrina— no reconocen su origen en sucesos naturales (que el avance tecnológico permite controlar cada vez más), sino en acciones humanas ajenas al demandado y que éste no puede impedir, tales como los avatares económicos en países extranjeros, que pueden repercutir lesivamente en los negocios de otros países (v.gr., el "Efecto Tequila"), así como los atentados terroristas, que causan muertes y destrucción de bienes y hasta desvalorización venal de inmuebles próximos [\(22\)](#).

f) Enfermedad o accidente del deudor. La enfermedad del deudor es susceptible de revestir el carácter de caso fortuito o fuerza mayor únicamente si estamos en presencia de una obligación intuitu personae, es decir, aquellas en las cuales la prestación puede ser cumplida solamente por el deudor (p. ej., la amputación del brazo que sufre el artista y que le impide realizar la escultura comprometida al acreedor).

g) Incendio. Sólo será susceptible de ser atendido como caso fortuito o fuerza mayor en el supuesto de que reúna los requisitos que seguidamente abordaremos.

Luego de esta breve introducción sobre el instituto, nos adentraremos en su estudio.

III.2. Elementos esenciales para la configuración del caso fortuito

Debemos necesariamente mencionar cuáles son los elementos básicos que deben reunirse para la configuración de un caso fortuito, los cuales también nos brindan los caracteres esenciales —generales y particulares— del instituto.

1) El art. 1730, Cód. Civ. y Com. (al igual que lo hacía su antecedente, el art. 514 del derogado Cód. Civil de Vélez Sarsfield), que determina lo que debe entenderse por caso fortuito, requiere antes que nada la concurrencia de un elemento objetivo: el acontecimiento o suceso (23). Nada especifica el articulado del Código Civil y Comercial respecto a cuáles son los acontecimientos susceptibles de erigirse en caso fortuito, por lo que puede destacarse a priori que serán muchos los susceptibles de serlo, se trate de un hecho del hombre o bien de un fenómeno de la naturaleza. Lo cierto es que no existe un catálogo cerrado de sucesos que puedan considerarse fortuitos, por lo cual habrá que estar a cada caso en concreto para analizar su configuración o no como tal.

2) Ese acontecimiento debe ser imprevisible, tal como reza la citada norma al determinar que el caso fortuito es "el que no ha podido ser previsto"; ello significa que la producción del evento no puede ser anticipada a pesar de emplearse las diligencias del caso (24). Con ello podemos manifestar que no resultará suficiente el enlace causal entre el acontecimiento y el daño para que proceda la exoneración de la responsabilidad, sino que es menester que aquél no haya podido ser previsto o, en su defecto, si ha sido previsible, que no pueda ser evitado (25), como veremos seguidamente. Lo importante es que la naturaleza de la obligación y todas las circunstancias que la rodean (v.gr., lugar donde se ha de ejecutar, características particulares de las partes intervinientes, etc.) brindarán una noción previa de cuál debe ser para ese caso puntual la medida de la previsibilidad. Se sostiene, con acierto, que la imprevisibilidad no es una vaga posibilidad de realización, si no todos los eventos serían previsibles; decir que un evento es imprevisible significa que no hay ninguna razón particular para pensar que él ocurrirá (26). Por ende, la previsibilidad que debe ser tenida en cuenta debe ser una previsibilidad conectada con estándares de carácter abstracto (el hombre común, el hombre avisado, el profesional, etc.), y no una previsibilidad de carácter predominantemente subjetiva, como la que caracteriza a la culpabilidad (27). Asimismo, acertadamente se sostiene que cuando se trata del incumplimiento de contratos, la imprevisibilidad propia del caso fortuito no debe medirse al momento del hecho, sino al de la celebración del acuerdo (28). No soslayamos que algunos autores consideran subsumido este requisito dentro del de inevitabilidad, puesto que afirman que, si un acontecimiento es inevitable, carece de sentido juzgar si además pudo o no ser previsto por el demandado (29).

3) Otro recaudo que debe contener el evento para poder ser considerado caso fortuito es el de la inevitabilidad. Así lo determina el art. 1730, Cód. Civ. y Com., cuando enuncia que también será tal aquel que, si bien ha podido ser previsto, "no ha podido ser evitado" (redacción similar poseía el anterior art. 514 del derogado Cód. Civil de Vélez Sarsfield). Basta, para ejemplificar la cuestión, con hacer mención a una inundación que se provoca ante el desborde de las aguas por la crecida extraordinaria de un río, o un tsunami o maremoto provocado a raíz de un sismo en una zona costera, e inclusive un atentado terrorista (30). Para que se configure la inevitabilidad, pues, resulta sustancial que el deudor, por más precavido que haya sido, no haya podido contrarrestar el evento (31), creando de tal modo la imposibilidad de cumplir la obligación comprometida. Debemos aclarar que, en materia obligacional, como lo hemos analizado precedentemente, se exige como regla general que la imposibilidad de cumplimiento de una obligación, creada por el caso fortuito, sea sobrevenida, absoluta y objetiva (32), como lo disponen actualmente los arts. 955 y 1732, Cód. Civ. y Com., y como lo venía sosteniendo una calificada doctrina, para quien la imposibilidad será objetiva cuando el impedimento para cumplir está referido a la prestación en sí y por sí considerada (33), pudiendo ser no sólo definitiva, sino también temporaria, como lo dispone el art. 956, Cód. Civ. y Com.

4) El acontecimiento debe ser actual, es decir, debe tratarse de un hecho presente al momento del incumplimiento, no bastando ni su inminencia ni la simple amenaza de su ocurrencia. En razón de ello, no podrá alegarse el hecho futuro, que resultará incierto, ni un hecho hipotético, ya que el deudor no puede pretender excluir su responsabilidad fundándose en una mera posibilidad de producción (34). Algunos autores argentinos sostienen que debe tratarse de una actualidad lógica antes bien que cronológica, ya que lo importante es que el hecho tenga incidencia actual, y ejemplifican su postura con el caso de la cosa cierta vendida que se pierde por un hecho fortuito antes de la fecha prevista para la entrega (arts. 755, 955 y ccds., Cód. Civ. y Com.), supuesto en el cual se produce el incumplimiento del vendedor, quien de todos modos quedará liberado, aun cuando ese hecho ocurra con posterioridad (35).

5) El hecho debe ser extraño o inimputable al deudor. En ello resulta contundente la letra del art. 1733, inc. d), Cód. Civ. y Com.: "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: [...] d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa...". Similar redacción presentaba el antiguo art. 513 del derogado Cód. Civil de Vélez Sarsfield, al establecer que el deudor no sería responsable de los daños e intereses que se originaren al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, "...a no ser que [...] éste hubiere ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese motivada por

caso fortuito, o fuerza mayor". Este supuesto es el denominado por los romanos como *casus dolus vel culpa determinatus* (que no constituye causa ajena), en donde el daño se produce por un caso fortuito que deriva, a su vez, de un hecho humano doloso o culposo en sentido estricto (36), que puede ser tanto del mismo deudor (art. 1724, Cód. Civ. y Com.) como también de sus auxiliares o dependientes (arts. 732 y 1753, Cód. Civ. y Com.). Sin embargo, si la imposibilidad de cumplimiento resulta de la culpa exclusiva del deudor o del sindicado como responsable (v.gr., si, tratándose de una prestación *intuitu personae*, el deudor no puede cumplir en razón de haberse enfermado por causas a él imputables, p.ej., sobredosis de drogas), el *casus* no se configura, puesto que culpa y caso fortuito son nociones incompatibles (37).

Finalmente, como lo hemos profundizado en otra doctrina de nuestra autoría, a la cual remitimos (38), debemos destacar que el requisito de la extraneidad o inimputabilidad exige que los eventos, para poder ser considerados fortuitos, deben ser extraños a la actividad desarrollada por el deudor de la obligación y, por ende, inevitables desde su situación (39). También el recaudo que exige que el hecho deba ser extraño implica que sólo habrá caso fortuito cuando el demandado no ha colocado ningún antecedente idóneo (por acción o por omisión) que haga posible el suceso lesivo sobreviniente (40).

6) En materia de obligaciones, que es el ámbito en el que efectuamos nuestro análisis, se requiere también que el caso fortuito sea sobrevenido (es decir, que el hecho se haya configurado con posterioridad al nacimiento de la obligación) y debe provocar un obstáculo absoluto e insuperable para el cumplimiento de aquélla, creando la imposibilidad de cumplimiento a la que nos hemos referido precedentemente.

III.3. Concepciones subjetivas y objetivas del caso fortuito

Desde hace ya muchos años se ha instalado en la doctrina la discusión en cuanto a si debe efectuarse respecto del caso fortuito una concepción subjetiva o si, por el contrario, debe aprehendérselo objetivamente.

Los juristas italianos (41) se han planteado si con la eximente del caso fortuito (o fuerza mayor) se agota el área de los impedimentos susceptibles de convertir en no imputable al deudor la imposibilidad de la prestación. Precisamente con tal finalidad, el Código Civil italiano de 1942 ha reemplazado en el texto del art. 1218 la expresión "caso fortuito" (que se utilizaba en el Código derogado) por la de "causa no imputable al deudor" (*causa a lui non imputabile*, reza la norma) (42), mucho más abarcadora, inclusive, de otra clase de impedimentos, como los internos y personales del deudor.

III.3.a. Concepción subjetiva: el caso fortuito como ausencia de culpa

Quienes concibieron la noción de imputabilidad tomando como eje de la discusión la culpa del deudor han sostenido que existirá caso fortuito (o causa no imputable al solvens) cuando el deudor —aun aplicando la diligencia debida exigida por la obligación a tenor de lo que disponía el art. 512 del derogado Cód. Civil o del actual art. 1724, Cód. Civ. y Com. (los italianos hablaban de la diligencia del buen padre de familia)— no obtiene el resultado esperado.

Según esta postura subjetivista, la ausencia de culpa es asimilable al caso fortuito, puesto que allí donde finaliza la culpa comienza el *casus*: por lo tanto, cuando el incumplimiento no es imputable al deudor, estamos en presencia del caso fortuito o fuerza mayor (43). Entre quienes sostienen esta posición, cabe destacar a Chironi, Barasi, Savatier, Tunc, Esmein y Windscheid, en el derecho comparado, y a Llambías, Padilla, López de Zavalía y Echevesti, en el derecho nacional.

Así, tal como lo hemos mencionado, para estos autores, que han concebido a la responsabilidad civil desde una postura netamente subjetivista, el caso fortuito es sinónimo de ausencia de culpa del incumplidor, ya que cuando el incumplimiento no es imputable al deudor (obviamente, según este punto de vista, lo será únicamente a título de culpa o de dolo) estaremos en presencia del *casus* (44). De tal modo, no interesa si la imposibilidad es subjetiva u objetiva, sino que lo único relevante consiste en indagar si el deudor ha incurrido o no en culpa; a punto tal que se consideraba que la insolvencia del deudor lo eximía de responsabilidad cuando ello se ocasionaba por acontecimientos no imputables; o bien, como lo mencionaba una calificada doctrina francesa —en un equivocado razonamiento, a nuestro entender—, al determinar que si el fundamento de la responsabilidad es la culpa, y el deudor se exonera de ella por el caso fortuito, éste equivale a la ausencia de culpa (45).

De este modo, el límite de la obligación del deudor estaría dado por la diligencia media (similar a la del buen padre de familia), por lo cual todo lo que exceda ese nivel ingresaría en terreno del *casus*.

III.3.b. Concepción objetiva: el caso fortuito como elemento extraño a la actividad del deudor

Existe otra postura, que estimamos correcta y que no asimila el caso fortuito con la falta de culpa, que denominamos "concepción objetiva". Según ella, defendida en el derecho italiano por Polacco y Ferrara, entre otros, para la configuración del caso fortuito adquiere una importancia sideral el recaudo del "carácter externo"

de la causa impeditiva del cumplimiento, ya que ello permitirá colocar o no sobre las espaldas del deudor incumplidor las consecuencias de la falta de pago fundada en un hecho que —si bien no es directamente imputable a su culpa— no resulta ser "extraño" a su esfera económica como para no poder controlarlo.

En razón de esta concepción objetiva, resulta razonable que se imputen al deudor determinados hechos sobre la base de consideraciones que nada tienen que ver con un examen de su comportamiento negligente (46).

La postura subjetivista ha sido criticada por una moderna doctrina encabezada en nuestro país por Bueres (en diferentes obras publicadas) (47) y Mosset Iturraspe (48), entre otros, y en Uruguay por Gamarra (49), con muy sólidos fundamentos, que sucintamente enunciamos y reproducimos:

1) Hay ausencia de culpa cuando el deudor observa la diligencia exigida para la obligación de que se trate; en cambio, el caso fortuito o fuerza mayor requieren demostrar la imposibilidad de la prestación por una causa no imputable al deudor.

2) Si se admite que el caso fortuito es lo mismo que la ausencia de culpa, se debe concluir que toda responsabilidad es subjetiva (lo que resulta falaz) y que carece de relevancia la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, pues el contenido de todas las relaciones obligatorias sería la actividad diligente del deudor, por lo cual la falta de concreción del resultado en ciertas obligaciones en las que el solvens se comprometió a la obtención de un fin determinado no acarrearía responsabilidad del obligado en tanto éste probara su diligencia.

3) No se puede hablar de falta de previsibilidad objetiva en el tema de la culpa, del mismo modo en que sí se efectúa en el caso fortuito.

4) Mientras la culpa opera en el ámbito de lo subjetivo, el caso fortuito está referido a una relación material o física carente de toda subjetividad.

Cabe destacar, asimismo, y tal como lo expresaran acertadamente los autores que citáramos supra y que critican la tesis subjetiva, que el caso fortuito incide sobre la relación de causalidad entre la conducta del sujeto al que se trata de imputar el daño y el daño mismo, provocando la ruptura del nexo causal y la consecuente falta de autoría (50), ocasionando que el incumplimiento no le sea objetivamente imputable. En razón de ello, la mera inculpabilidad no basta para que se configure el caso fortuito, sino que debe probarse la exterioridad del hecho impeditivo: la causa extraña (51). De tal modo, toda la problemática relativa al caso fortuito se soluciona en el ámbito de la relación de causalidad: existen dos causas —la conducta y el evento—, y una de ellas es la que excluye total o parcialmente a la otra.

En concreto, la ajenidad del evento constitutivo de caso fortuito para el sujeto que ha realizado la conducta es lo que determina finalmente que a tal conducta se le niegue total o parcialmente su relevancia causal (52). Asimismo, el caso fortuito, tal como lo hemos analizado, requiere el cumplimiento de una serie de recaudos para verse configurado, los cuales no son exigidos cuando hablamos de inculpabilidad.

También debemos destacar que la noción que asimila la ausencia de culpa al caso fortuito no halla respuesta satisfactoria alguna en los casos de responsabilidad objetiva, como suele ocurrir en las obligaciones de resultado. En ellos, así como la imputación se realiza a través de factores de atribución que son ajenos a la idea de culpabilidad (v.gr., riesgo creado, garantía, etc.), la exoneración de la responsabilidad sólo puede caber mediante la prueba de causas ajenas a la culpa del deudor, es decir, mediante caso fortuito o fuerza mayor, culpa del acreedor o el hecho de un tercero por quien no deba responder el deudor. En este caso, el caso fortuito no se identifica con la ausencia de culpa: aquél tendrá lugar cuando la prestación se torne absoluta y objetivamente de imposible cumplimiento.

Sin temor de resultar repetitivos, creemos importante insistir en que no se debe confundir ni asimilar la ausencia de culpa con el caso fortuito. El casus incide directamente sobre la relación de causalidad, mientras que la ausencia de culpa se predica en torno al factor de imputación de la responsabilidad. Ello también resulta de aplicación en el ámbito de la responsabilidad subjetiva, en donde el acaecimiento del evento fortuito provoca la irresponsabilidad del deudor, aun cuando éste haya actuado culpablemente (v. gr., la explosión de una bomba en el exterior de una clínica que provoca la muerte del paciente que está siendo sometido a una intervención quirúrgica —caso fortuito— es susceptible de acarrear la irresponsabilidad del médico que lo estaba operando en estado de ebriedad, aun cuando de tal modo se evidencie la falta de pericia, prudencia y diligencia en su conducta). En este supuesto, la falta de responsabilidad del médico se provoca ante la ruptura del nexo causal, mas no por su ausencia de culpa.

Por otra parte, consideramos que la prueba del casus debe efectuarse atendiendo a parámetros objetivos. Si el caso fortuito debe estar caracterizado por una imposibilidad absoluta y objetiva, el hecho de que el deudor pruebe el haber adoptado la debida diligencia a fin de impedir la ocurrencia del suceso (o incluso una diligencia

superior) probará en definitiva su inculpabilidad (que es el ámbito al que atañe dicha diligencia), pero no la incausalidad (que es el plano en donde surte efecto el caso fortuito). El casus, pues, no se ve identificado con la ausencia de culpa, sino que se verá configurado ante la imposibilidad absoluta y objetiva de la prestación.

III.3.c. Efectos del caso fortuito

Acreditados y configurados que sean el caso fortuito o la fuerza mayor, ellos son idóneos para fracturar el nexo de causalidad, lo cual provocará indefectiblemente que las consecuencias dañosas que ha sufrido la víctima y que pretendan atribuirse al demandado no le puedan ser endilgadas (cfr. art. 1732, Cód. Civ. y Com.). Ello, claro está, siempre y cuando el caso fortuito o la fuerza mayor hayan sido la única y exclusiva causa del daño. Y, en el ámbito convencional, puede dar lugar a que se configure la imposibilidad de cumplimiento (arts. 955 y 956, Cód. Civ. y Com.) que hemos analizado anteriormente.

Sin embargo, a pesar del principio general de irresponsabilidad consagrado en los arts. 1730 y 1732, Cód. Civ. y Com., cuando el daño es fruto de un caso fortuito o fuerza mayor, el art. 1733, Cód. Civ. y Com., establece cuáles son aquellas situaciones especiales y de excepción que alteran el principio de irresponsabilidad que provoca el caso fortuito y obligan a responder al demandado. Esta norma dispone expresamente: "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".

Es decir, la responsabilidad del deudor no cesará pese a la ocurrencia del caso fortuito:

— Si ha asumido el cumplimiento, aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad [inc. a)]. Puede suceder que las partes hayan pactado cláusulas contractuales de responsabilidad, mediante las cuales el obligado se compromete a asumir las consecuencias dañosas que irroge su incumplimiento, aun cuando éste haya sido motivado por un caso fortuito. Como también lo sostiene una calificada doctrina extranjera [\(53\)](#), dichas cláusulas serán en principio válidas y lícitas para los contratos paritarios (en razón de lo establecido por los arts. 958 y 959, Cód. Civ. y Com., en cuanto consagran el principio de la autonomía de la voluntad de las partes), aunque podrán carecer de validez en los contratos celebrados por adhesión [art. 988, inc. b), Cód. Civ. y Com.] y en los de consumo (art. 1117, Cód. Civ. y Com., y art. 37, ley 24.240 de Defensa del Consumidor), en la medida en que dichas cláusulas tiendan a restringir los derechos de la parte débil de la relación jurídica [\(54\)](#), implicando un aprovechamiento de una posición contractual fuerte con relación a la contraparte [\(55\)](#).

— Si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. Este supuesto de excepción está previsto para aquellos casos en los cuales la ley determina que el caso fortuito ordinario per se no constituye una eximente pese a su ocurrencia, sino que, por el contrario, debe poseer ciertos caracteres especiales para que pueda ser invocado como eximente. Un ejemplo de ello lo constituye el supuesto del art. 1273, Cód. Civ. y Com., al referirse a la responsabilidad del constructor y determinar que no puede invocarse como causa ajena el vicio del suelo [\(56\)](#).

— Si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento. Se trata de un supuesto en el cual el caso fortuito sobreviene a la constitución en mora del deudor. Ello resulta lógico, según nuestro entender, puesto que, al haber ingresado en estado de morosidad, el solvens debe asumir todos los riesgos de tal circunstancia: es lógico pensar que, de haber pagado o recibido la prestación a tiempo, el casus hubiera sido irrelevante y no hubiera incidido, por lo cual su producción posterior al incumplimiento no puede —bajo ningún punto de vista— favorecer a quien no ha cumplido en término. No obstante, se le permite al deudor que pueda probar en contrario que su estado de morosidad ha sido indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento.

— Si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa. Estimamos que es evidente que quien actúa con culpa no puede alegar la existencia de un caso fortuito, ya que —como lo hemos destacado precedentemente— el hecho debe ser extraño o inimputable al deudor. Así, a modo de ejemplo, no podría alegar la existencia de caso fortuito quien colisionó a otros vehículos mientras transitaba por una ruta que repentina e inesperadamente se vio cubierta de niebla, si al momento del impacto conducía a excesiva velocidad, lo cual denota su falta de prudencia y de diligencia.

— 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. Nos referiremos a él seguidamente, al abordar el caso fortuito en la responsabilidad civil contractual, por lo cual remitimos a lo allí expuesto.

— Si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito. Es lógico que quien se ve obligado a dicha restitución debe asumir los riesgos y no puede invocar el *casus* para intentar liberarse de responder. Un ejemplo de ello lo constituye el art. 1936, Cód. Civ. y Com., en cuanto dispone la responsabilidad del poseedor de mala fe.

IV. Conclusión

Los institutos que acabamos de analizar dan cuenta de que —más allá de los requisitos en particular que exige cada uno de ellos— para su aplicación e invocación deben confluir situaciones extraordinarias y que no hayan podido ser previstas y/o evitadas por las partes.

Estimamos que ellos adquirirán más importancia aún en situaciones de emergencia, como puede calificarse a la pandemia del COVID-19, que ha llevado al Estado argentino a adoptar medidas excepcionales mediante el DNU 260/2020, dictado el 12/03/2020, que amplió la emergencia sanitaria declarada oportunamente por ley 27.541, el que fue luego complementado por los DNU 297/2020 (que dispuso —sólo con algunas excepciones— el aislamiento social, preventivo y obligatorio de toda la población desde el 20/03 y hasta el 31/03/2020), 325/2020 (que prolongó el aislamiento hasta el día 12/04/2020) y 355/2020 (que lo extendió hasta el 26/04/2020). Si bien los plazos del aislamiento determinados por el Poder Ejecutivo Nacional evidencian que ello obedece a una situación transitoria, no impide a que dichos plazos de aislamiento puedan seguir prolongándose en el tiempo, en la medida en que la situación de la pandemia así lo amerite.

Sin duda alguna, como bien se ha afirmado recientemente, la actual situación provocada por la pandemia y por la normativa dictada en el marco de la emergencia no solamente ha impactado en el ámbito sanitario, sino que también ha provocado drásticas consecuencias en la economía, que influyen sobre todo en las relaciones contractuales, produciendo alteraciones extraordinarias de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato, que, a modo de ejemplo, tornarán las obligaciones a cargo de una de las partes en excesivamente onerosas, abrirán las puertas a planteos de resolución o recomposición de las prestaciones (57), etc. Es evidente, pues, que pueden suscitarse situaciones en las cuales se produzcan incumplimientos de obligaciones motivados por la imposibilidad de hacer frente a las prestaciones oportunamente asumidas, en razón de las disposiciones que han determinado el aislamiento de toda la población y de las imprevistas consecuencias que ello provoca.

Ahora bien, ¿podrían invocarse los institutos analizados en el presente aporte en los incumplimientos de las obligaciones que se produzcan en razón de las imposibilidades que provoca la situación actual en las diferentes relaciones jurídicas? Es indudable que estamos ante una situación de emergencia (58), aunque consideramos que no puede brindarse una respuesta unívoca y general para todos los casos, ya que habrá de estar a cada situación jurídica en particular.

En el ámbito contractual, a modo de ejemplo, además de la aplicación de estos institutos, podrían resultar de aplicación los arts. 1011 (que impone, en caso de contratos de larga duración: "La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos"), 1090 (referido a la frustración de la finalidad del contrato, ya sea de modo definitivo o temporario), 1091 (que regula la teoría de la imprevisión) (59), 1203 (previsto para la locación: cuando por caso fortuito o fuerza mayor el locatario se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato) del Cód. Civ. y Com., etc., además de todas aquellas normas que se vayan dictando para cada situación en particular en la emergencia (v.gr., DNU 320/2020, que establece el congelamiento de alquileres, la prórroga de los plazos contractuales y la suspensión de los desalojos, etc.).

Algunos hechos recientes, sin embargo, nos brindan algunas pautas que pueden ser de utilidad para permitirnos arribar a una conclusión. En este sentido, debemos destacar que, recientemente, la Corte de Apelaciones de Colmar (Francia) ha considerado que el riesgo de contagio del coronavirus constituye un supuesto de fuerza mayor (60).

Insistimos en que cada área del derecho civil y comercial tiene su propia problemática y sus reglas especiales, que resultarán de aplicación según la casuística frente a la cual nos encontremos. Pero no dudamos en afirmar que los institutos que hemos tratado en este aporte estarán seguramente presentes e invocados en cada situación jurídica conflictiva que se haya originado en esta época de emergencia en la cual nos encontramos. Y serán los tribunales, claro está, quienes tendrán la última palabra.

(*) Abogado. Doctor en Derecho. Profesor titular regular de Obligaciones Civiles y Comerciales en la Facultad de Derecho (UBA).

(1) SANTORO, Guido, "La responsabilità contrattuale", Cedam, Padova, 1992, ps. 5 y ss.

(2) PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis R., "Tratado de derecho de daños", Ed. La Ley, Buenos Aires,

2019, t. 1, p. 370; PICASSO, Sebastián, "La culpa en la responsabilidad contractual. Ausencia de culpa e imposibilidad sobrevenida de la prestación", *Revista de Derecho de Daños*, 2009-I-125, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe; PIZARRO, Ramón D., "Tratado de la responsabilidad objetiva", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 339.

(3) FRANZONI, Massimo, "Colpa presunta e responsabilità del debitore", Ed. Cedam, Padova, 1988, p. 388; GAMARRA, Jorge, "Responsabilidad contractual", Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, t. 2: "El juicio de responsabilidad", ps. 103 y ss.

(4) JORDANO FRAGA, Francisco, "La responsabilidad contractual", Ed. Civitas, Madrid, 1987, p. 151; MAYO, Jorge, comentario al art. 888, en BUERES, Alberto (dir.) - HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1995, t. 2-B, p. 337.

(5) OSTI, Giuseppe, "Impossibilità sopravveniente", en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1962, t. VIII, p. 288.

(6) OSTI, Giuseppe, "Impossibilità sopravveniente", *ob. cit.*, t. VIII, p. 289.

(7) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3, p. 313.

(8) Para un mayor detalle del significado del caso fortuito, véase: CALVO COSTA, Carlos A., "Derecho de las obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, 3ª ed., ps. 790 y ss.

(9) CRISTÓBAL MONTES, Ángel, "El incumplimiento de las obligaciones", Ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 184; JORDANO FRAGA, Francisco, "La responsabilidad contractual", *ob. cit.*, ps. 212 y ss.

(10) Para comprender esta problemática, debemos partir de la existencia de una estructura institucional de la obligación compuesta por dos aspectos o fenómenos que son la deuda o débito y la responsabilidad (Schuld y Haftung para los alemanes, devoir y engagement para los franceses, duty y liability para los anglosajones). De tal modo, estimamos que no existen dos relaciones jurídicas distintas en ambos tramos o aspectos de la obligación, sino que hay una única relación jurídica, ya que ambas fases —deuda y responsabilidad— son inseparables. Es más, gráficamente, podría decirse que la responsabilidad acompaña al débito como la sombra a un cuerpo: allí donde existe una deuda hay un responsable, y viceversa. Por nuestra parte, estimamos que deuda y responsabilidad constituyen tramos inseparables de la obligación, puesto que ambas hacen a la esencia misma del vínculo obligacional: si ellas se escindieran, este último se distorsionaría (véase: CALVO COSTA, Carlos A., "Derecho de las obligaciones", *ob. cit.*, ps. 59-62).

(11) LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", Ed. Perrot, Bs. As., 1967, t. III, p. 288.

(12) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo, "El incumplimiento de las obligaciones", Ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1990, p. 104.

(13) Véase en este sentido: BÉNABENT, Alain, "Droit des obligations", Montchrestien, Paris, 2012, 13e éd., n. 339, p. 268.

(14) MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, León - MAZEAUD, Jean - TUNC, André, "Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", Edic. *Jurídicas Europa-América*, Bs. As., 1977, t. II, vol. II, p. 148.

(15) PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis R., "Tratado de derecho de daños", *ob. cit.*, t. 1, p. 368.

(16) BERTI, Ludovico, "Il nesso di causalità in responsabilità civile. Nozione, onere di allegazione e onere della prova", Giuffrè, Milano, 2013, p. 82.

(17) CAZEAUX, Pedro - TRIGO REPRESAS, Félix A., "Derecho de las obligaciones", Ed. Platense, La Plata, 1991, t. I, ps. 502-506; ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 4, ps. 300 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2003, 9ª ed., 1ª reimp., nro. 706, p. 307.

(18) JORDANO FRAGA, Francisco, "La responsabilidad contractual", *ob. cit.* Afirma que se trata de una "distinción irrelevante en el plano de los efectos de una y otra, y, por tanto, discutir en torno a la diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor es una diversión académica" (p. 216).

(19) Nos resulta importante destacar que también el art. 1322 del Cód. Civil uruguayo dispone: "Nadie es responsable del daño que proviene del caso fortuito a que no ha dado causa". Queda claro con dicha redacción que la eximente opera en el plano de la causalidad; por ello, la exoneración cobra importancia debido a que el ofensor no es el autor del daño, al no existir relación de causalidad entre la conducta del agente y el evento

dañoso. Ello permite distinguir claramente el caso fortuito de la ausencia de culpa (GAMARRA, Jorge, "Tratado de derecho civil uruguayo", FCU, Montevideo, 2015, t. XIX, p. 354).

(20) SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, "Estudios de derecho civil", Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1899, 2ª ed., t. IV, p. 312.

(21) En este mismo sentido: PIZARRO, Ramón D., "Tratado de la responsabilidad objetiva", ob. cit., t. I, p. 339.

(22) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", ob. cit., t. 4, p. 301. Agrega expresamente que "eventualmente, dichos sucesos determinan una imposibilidad para cumplir contratos, que no es causalmente imputable a los deudores, sino a esos casos fortuitos".

(23) Se destaca la presencia de este elemento también en el derecho comparado. A tal fin, pueden consultarse, entre otros: COTTINO, Gastone, "Caso fortuito e forza maggiore (dir. civ.)", en Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milano, 1960, t. VI, ps. 382-385; CANDIAN, Aurelio, "Caso fortuito e forza maggiore. Diritto civile", en Novissimo Digesto Italiano, UTET, Torino, 1957, t. II, p. 988.

(24) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", ob. cit., t. 4, p. 302.

(25) TERRÉ, François - SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Yves, "Droit civil. Les obligations", Dalloz, Paris, 11e éd., n. 798, p. 845.

(26) LE TOURNEAU, Philippe - CADIET, Loïc, "Droit de la responsabilité", Dalloz, Paris, 1998, n. 911, p. 298.

(27) MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, León - MAZEAUD, Jean - TUNC, André, "Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", ob. cit., t. II, vol. II, p. 177; PIZARRO, Ramón D., "Tratado de la responsabilidad objetiva", ob. cit., t. I, § 51, p. 332.

(28) PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis R., "Tratado de derecho de daños", ob. cit., t. 1, p. 370.

(29) SALVAT, Raymundo M., "Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general", Ed. Tea, Buenos Aires, 1956, 6ª ed., actual. por Enrique V. Galli, t. I, nro. 145. Destaca el tratadista argentino que "en realidad, lo fundamental es el carácter de inevitabilidad. Tanto lo imprevisible como lo previsible, exonera al autor de responsabilidad cuando resulta inevitable. La inevitabilidad está implícita en la imprevisibilidad, porque si el hecho se puede evitar, no se configura la imposibilidad de cumplimiento, que es también necesaria para que se produzca el efecto liberatorio. En uno como en otro supuesto, la producción del acontecimiento es superior a las posibilidades del deudor para impedirlo" (ps. 155-156).

(30) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", ob. cit., t. 4, p. 304.

(31) CAZEAUX, Pedro - TRIGO REPRESAS, Félix A., "Derecho de las obligaciones", ob. cit., t. I, ps. 507 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", ob. cit., nro. 713, p. 308.

(32) TRIMARCHI, Pietro, "Istituzioni di diritto privato", Giuffrè, Milano, 1996, ps. 346 y ss.; GAMARRA, Jorge, "Tratado de derecho civil uruguayo", t. XVII, ob. cit., ps. 180 y ss.; JORDANO FRAGA, Francisco, "La responsabilidad contractual", ob. cit., ps. 154-155. En contra: VISINTINI, Giovanna, "Tratado de la responsabilidad civil", Ed. Astrea, Bs. As., 1999, t. 1, ps. 174-184; la profesora italiana destaca, criticando a Osti, que sólo debe exigirse la "absolutez" como recaudo de la imposibilidad; afirma en su defensa que es equívoca la distinción entre imposibilidad subjetiva y objetiva, puesto que hay impedimentos subjetivos que dan pie a una imposibilidad objetiva cuando, a raíz de la naturaleza de la prestación y por su carácter infungible, los impedimentos determinan para el deudor una imposibilidad efectiva de cumplimiento.

(33) OSTI, Giuseppe, "Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione", Rivista di Diritto Civile, 1918, ps. 219 y ss.; LARROUMET, Christian, "Droit civil. Les obligations", Ed. Economica, París, 1996, p. 782; BUERES, Alberto J., "El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor", Revista de Derecho Privado y Comunitario, nro. 17, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 1998, p. 113. Véase, además, en particular, en este sentido, el profundo análisis que ha realizado el profesor Bueres en su trabajo referido a la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual; en él, destaca que se ha superado el antiguo criterio que determinaba estar en presencia de una imposibilidad objetiva cuando la prestación no puede ser satisfecha por el deudor concreto ni por cualquier otra persona; agrega, además —citando a autores italianos de la talla de Osti y de Giovene—, que en las prestaciones infungibles (obligaciones intuitu personae) las aptitudes del deudor se objetivizan (BUERES, Alberto J., "La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual", en Estudios de derecho civil: obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, t. I, p. 168).

(34) DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, "La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños",

Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, ps. 180-181.

(35) ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto, "Derecho de obligaciones", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, 4ª ed., nro. 837, p. 407.

(36) DE CUPIS, Adriano, "El daño. Teoría general de la responsabilidad civil", trad. de Ángel Martínez Sarrión, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, p. 214.

(37) PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis R., "Tratado de derecho de daños", ob. cit., t. 1. Destacan los autores que el requisito de exterioridad del caso fortuito exige que no concorra con una culpa del demandado ni constituya una contingencia propia del riesgo de la cosa o actividad, ya que, si ello ocurre, entonces no hay propiamente caso fortuito, y el sindicado como responsable responde por el total del daño causado a la víctima (arts. 379-380).

(38) CALVO COSTA, Carlos A., "El caso fortuito como eximente ante las obligaciones de seguridad", RCyS 2004-149 y ss.

(39) Véase: EXNER, Adolf, "De la fuerza mayor en el derecho mercantil romano y actual", trad. del alemán por Emilio Miñan y Villagrasa, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1905, ps. 133 y ss.

(40) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", ob. cit., t. 4, p. 304. Como ejemplo de ello, afirma la profesora cordobesa que no hay extraneidad si un automotor se desplaza y daña a un tercero en el contexto de una fuerte tormenta, pero la imposibilidad de controlar el vehículo obedece también a un vicio en los frenos del vehículo; o si el deudor que debía prestar servicios personales se enferma con motivo de su ebriedad.

(41) VISINTINI, Giovanna, "Tratado de la responsabilidad civil", ob. cit., t. 1, ps. 189-190.

(42) Art. 1218: "Responsabilità del debitore. Il debitore che non ese gue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile".

(43) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de derecho privado. obligaciones", ob. cit., t. 3, p. 299.

(44) En este sentido: TUNC, André, "Force majeure et absence de faute en matière contractuelle", Revue Trimestrielle de Droit Civil, París, 1945, p. 235; SAVATIER, René, "La théorie des obligations en droit privé économique", Dalloz, Paris, 1979, 4e éd.

(45) TUNC, André, "Force majeure et absence de faute en matière contractuelle", ob. cit., ps. 237-238; ESMEIN, Paul, "Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle", Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1933, ps. 625 y ss. (en especial p. 627).

(46) VISINTINI, Giovanna, "Tratado de la responsabilidad civil", ob. cit., t. 1, p. 190. Basta como ejemplo de ello con mencionar el art. 1228 del Cód. Civil italiano, que considera imputable al deudor el hecho de los auxiliares: "Responsabilità per fatto degli ausiliari. Salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro".

(47) Entre las más relevantes: BUERES, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, 3ª ed.; "El incumplimiento de la obligación y responsabilidad", ob. cit., ps. 95 y ss.; y "La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual", ob. cit., t. I, p. 163.

(48) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", Rubinzal-Culzoni Edit., Sta. Fe, 2004, t. IV, ps. 123 y ss.

(49) GAMARRA, Jorge, "Tratado de derecho civil uruguayo", ob. cit., t. XVII: "Responsabilidad contractual", p. 190.

(50) En contra: PEÑA LÓPEZ, Fernando, "La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual", Ed. Comares, Granada, 2002: "En el caso de que finalmente el evento se considere caso fortuito, la persona a la que se pretendía imputar el daño no responderá, pero no porque se haya roto o interferido la relación de causalidad, sino porque su conducta ha sido todo lo diligente que exige el derecho, diligencia que debe extenderse a la prevención y anulación de los hechos concurrentes con las acciones que han sido consideradas causas relevantes de un daño. Así, pues, la relación de causalidad subsiste tanto entre el daño y el caso fortuito, como entre el perjuicio y la acción u omisión del sujeto, lo que sucede es que esta última no genera la obligación de responder..." (p. 595).

(51) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de derecho privado. Obligaciones",

ob. cit., t. 3, p. 301.

(52) DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, "Tratado de responsabilidad civil", Ed. Civitas, Madrid, 1993, 3ª ed., ps. 758-759.

(53) MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, León - MAZEAUD, Jean - CHABAS, François, "Leçons de droit civil. Obligations", Montchrestien, Paris, 1998, 9e éd., n. 581, p. 669.

(54) PICASSO, Sebastián, comentario al art. 1733, en LORENZETTI, Ricardo (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2015, t. VIII, p. 450; TRIGO REPRESAS, Félix - LÓPEZ MESA, Marcelo, "Tratado de la responsabilidad civil", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 851.

(55) PIZARRO, Ramón D., "Tratado de la responsabilidad objetiva", ob. cit., t. I, § 51. Destaca puntualmente el profesor cordobés, en un interesante análisis: "La doctrina moderna, tanto en nuestro país como en el extranjero, ha exteriorizado desde hace tiempo preocupación e inquietud por la protección del contratante débil (adherente), especialmente cuando se predisponen cláusulas leoninas o vejatorias, que desnaturalizan el equilibrio negocial. El tema asume sentido aún más grave cuando la contratación por adhesión se realiza en el marco del derecho del consumo. Pensamos que es tan grave una cláusula que en forma anticipada exime de responsabilidad al predisponente, como aquella que agrava hasta lo fortuito la del adherente. Ambas tienen idoneidad suficiente para desnaturalizar la ecuación contractual, con evidente e injustificado beneficio para el predisponente. Por tal motivo, sostenemos que una cláusula de esta índole es, en principio, nula por atentar contra la noción de orden público económico —arts. 12, 279 y ccds., Cód. Civ. y Com.—" (ps. 350-351).

(56) PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis R., "Tratado de derecho de daños", ob. cit., t. 1, ps. 381-382.

(57) ABATTI, Enrique - ROCCA, Ival (h.), "Emergencia locativa. DNU 320/2020. Suspensión de desalojos, prórroga de plazos contractuales, congelamiento de alquileres", LA LEY del 14/04/2020, p. 5.

(58) Para justificar tal afirmación, basta con acudir a lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus diferentes decisorios, para extraer como conclusión qué es lo que configura un estado de emergencia: que medie un auténtico estado de necesidad, provocado por un estado fáctico excepcional (CS, Fallos 202:456); transitoriedad de las normas de emergencia (CS, Fallos 136:171 y 200:450); y legitimidad intrínseca de la medida legal de emergencia, es decir, con propósito de bien común, razonable y justa (CS, Fallos 136:171; 200:450; 202:456). Véase el profundo análisis que de ello se realiza en MARANIELLO, Patricio, "Coronavirus. Análisis constitucional y convencional de las medidas de emergencia sanitarias", Revista Argentina de Justicia Constitucional, nro. 9, abril/2020, Legister.com, IJ-CMXV-277.

(59) Debemos mencionar, sin embargo, que en la reciente sentencia 156/2020 del 06/03/2020, la sala Civil del Tribunal Supremo español (ponente: Ignacio Sancho Gargallo) ha considerado que la regla pacta sunt servanda rebus sic stantibus (que implica que los pactos deben cumplirse mientras las cosas sigan así, es decir, deben cumplirse los contratos mientras las circunstancias existentes al momento de la celebración no cambien) no es de aplicación a los contratos de corta duración.

(60) Cour d'Appel Colmar, 6e ch., 12/03/2020, nro. 20/01098: "Ces circonstances exceptionnelles, entraînant l'absence de M. G. à l'audience de ce jour revêtent le caractère de la force majeure, étant extérieures, imprévisibles et irrésistibles, vu le délai imposé pour statuer et le fait que, dans ce délai, il ne sera pas possible de s'assurer de l'absence de risque de contagion et de disposer d'une escorte autorisée à conduire M. G. à l'audience" ("Estas circunstancias excepcionales, que resultan en la ausencia de M. G. en la audiencia de hoy, adquieren el carácter de fuerza mayor, siendo externas, impredecibles e irresistibles, dado el límite de tiempo impuesto para el fallo y el hecho de que, dentro de este período, no será posible garantizar que no exista riesgo de contagio y tener una escolta autorizada para llevar a M. G. a la audiencia").