

C. 16

AURA POBLETE MUÑOZ

# Caso Fortuito o Fuerza Mayor

Tesis para optar al gra-  
do de Licenciado en la  
Facultad de Ciencias Ju-  
rídicas y Sociales de la  
-: Universidad de Chile :-



SANTIAGO DE CHILE  
TALLERES GRAFICOS SAN VICENTE  
Conferencia 635

1934

9-400 150 3  
P739  
1934  
c.1

AURA POBLETE MUÑOZ



# Caso Fortuito o Fuerza Mayor

Tesis para optar al gra-  
do de Licenciado en la  
Facultad de Ciencias Ju-  
rídicas y Sociales de la  
-: Universidad de Chile :-



SANTIAGO DE CHILE  
TALLERES GRAFICOS SAN VICENTE  
Conferencia 635

1934

23391

# I N D I C E

	Págs.
CAPITULO I. . . . .	7
Introducción. . . . .	7
Responsabilidad Contractual. . . . .	7
I.—El hecho del deudor. . . . .	8
El hecho voluntario del deudor en el Código Civil Chileno. . . . .	10
II.—La culpa del deudor. . . . .	12
Responsabilidad del deudor por el hecho ajeno. . . . .	14
Responsabilidad del deudor por el hecho del representante. . . . .	14
Responsabilidad del deudor por el hecho de sus auxiliares. . . . .	15
III.—Responsabilidad del deudor por el hecho de las personas por él asociadas al goce de la cosa. . . . .	19
Responsabilidad de los auxiliares en el Derecho Civil Chileno. . . . .	20
Responsabilidad de los sustitutos y auxiliares ante el deudor. . . . .	21
 CAPITULO II. . . . .	 23
Estudio Comparativo de los términos caso fortuito y fuerza mayor. . . . .	23
TEORIAS. . . . .	23
Inexistencia en nuestro Derecho de toda diferencia específica entre el caso fortuito y la fuerza mayor. . . . .	28
 CAPITULO III. . . . .	 30
Concepto y condiciones que debe reunir el caso fortuito para ser considerado como tal. . . . .	30
I.—Concepto del caso fortuito. . . . .	30
II.—Condiciones que debe reunir. . . . .	34
1º Hecho extraño a la voluntad del deudor. . . . .	34
¿El hecho de terceros es o nó un hecho extraño al deudor? . . . . .	37
2º Acontecimiento imprevisto e inevitable. . . . .	38

3° Imposibilidad de cumplimiento respecto a la obligación contraída . . . . .	41
Caracteres de la imposibilidad . . . . .	42
1° Imposibilidad absoluta . . . . .	42
2° Imposibilidad permanente . . . . .	46
CAPITULO IV. . . . .	47
Efectos del caso fortuito . . . . .	47
Efectos generales . . . . .	47
Efectos especiales del caso fortuito . . . . .	54
Efectos del caso fortuito producido por el hecho de un tercero . . . . .	55
Estudio especial de las excepciones al principio de la irresponsabilidad derivada del caso fortuito . . . . .	56
I.—Responsabilidad del caso fortuito derivada de la ley . . . . .	56
Del dolo; de la culpa; de la mora . . . . .	56, 57 y 59
II.—Responsabilidad del caso fortuito originado por la voluntad de las partes . . . . .	62
CAPITULO V. . . . .	67
Teoría de la imprevisión . . . . .	67
CAPITULO VI. . . . .	74
Prueba del caso fortuito o fuerza mayor . . . . .	74
De la prueba del caso fortuito en su relación con la prueba de la ausencia de culpa . . . . .	76
CAPITULO VII. . . . .	83
Estudio especial de algunos hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor . . . . .	83
La guerra; la huelga; el robo; el error; la enfermedad; vicio propio de la cosa . . . . .	84, 86, 88, 90, 91 y 92
BIBLIOGRAFIA . . . . .	93



*A mis padres,*

*con todo cariño*



## COMISION EXAMINADORA

Esta memoria fué aprobada por la siguiente Comisión Examinadora:

Don Arturo Alessandri Rodríguez; Decano de la Facultad y Profesor de Derecho Civil.

Don Ricardo Montaner Bello; Profesor de Derecho Internacional.

Don Darío Benavente; Profesor de Derecho Procesal.

Don Leopordo Ortega; Profesor de Derecho Civil.

Don Gustavo Fernández Godoy; Profesor de Economía Política.

Don Carlos Vergara; Profesor de Economía Social y Legislación del Trabajo.

Don Manuel Somarriva Undurraga; Secretario de la Facultad y Profesor de Derecho Civil.



## CAPITULO I

### Introducción.

#### Responsabilidad Contractual.

El Derecho Civil impone al sujeto dos deberes fundamentales: el uno relativo a abstenerse de causar perjuicios injustos a terceros; y el otro consistente en el exacto, íntegro y oportuno cumplimiento de las obligaciones emanadas sea de un contrato, sea de un cuasi contrato, o de la ley.

La infracción a estos deberes se traduce, casi siempre para el autor, en la indemnización de los perjuicios correspondientes.

El presente estudio solo dirá relación con la responsabilidad resultante de la inejecución, ejecución tardía o incompleta de las obligaciones derivadas de un contrato.

El art. 1545 de nuestro Código Civil dice expresamente que, todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales.

En consecuencia, todo contrato lleva implícita una garantía, cual es el amparo que la ley presta al acreedor para constreñir al deudor a la ejecución forzada del mismo.

Sin embargo, el derecho cautela los intereses igualmente respetables del deudor, en el sentido de distinguir las causas determinantes de inejecución de las obligaciones contractuales.

En efecto, solo se hace a éste responsable en el caso exclusivo que dicha inejecución le fuera imputable.

La sanción de la inejecución de la obligación será normalmente la ejecución forzada (*manu militare*) de la misma, conjuntamente con la indemnización de los perjuicios correspondientes. Subsidiariamente la obligación primitiva se tras-

formará en una obligación pecuniaria. Finalmente ciertos derechos auxiliares le serán otorgados al acreedor.

Dos son los elementos constituyentes de la imputabilidad: el HECHO y la CULPA del deudor.

Analizaremos ámbos separadamente.

## I El hecho del deudor.

Debemos entender por hecho del deudor, toda acción voluntaria desprevista del elemento subjetivo culpa; cuya definición daremos más adelante.

Ahora bien, dos son los criterios que los autores adoptan para determinar su efecto en el dominio de la responsabilidad contractual.

Mientras unos propician la impunidad, o mejor dicho, la anulación de la obligación para el deudor cuyo hecho no culpable impidió la realización de la prestación, otros, con mejor criterio jurídico, aceptan solo la transformación de la obligación primitiva en una obligación pecuniaria.

Los jurisconsultos romanos, atribuían al simple hecho no culpable del deudor, la virtud de hacer sobrevivir, en ciertos casos, la obligación. Ello se desprende de diversos fragmentos del Digesto y de las Institutas, especialmente de la ley 63 D. de Leg et fideicom XXXI—II, 2º (cit por Potier).

Otros autores modernos se pronuncian también abiertamente por la tesis de hacer responsable al deudor por su hecho voluntario.

M. M. Colin et Capitant afirman también que el Derecho, en materia contractual, consagra la responsabilidad del simple hecho.

Es menester advertir, que para el Derecho Romano, el hecho del deudor que hacía sobrevivir la obligación, era un hecho extraño a la ejecución misma. Así por ej. el heredero que ignorando un testamento dispone de una cosa que había sido legada, responde de ella. En este caso no nos encontraríamos, en realidad, ante un deudor que no cumple o cumple imperfectamente su obligación, sino simplemente en presencia d un tercero, cuya obligación no deriva de ningún vínculo contractual y que debe reparar el perjuicio injusto, irrogado al

acreedor. Es éste, por lo demás, un ejemplo especialísimo al respecto, que puede sin embargo hacerse derivar de una obligación contractual y en consecuencia hacer que los hechos determinantes de la inejecución de la obligación incidan en la ejecución misma. Tal acontecería por ejemplo, en el caso que dicho heredero dispusiera de una cosa debida por el causante en razón de un contrato.

De acuerdo con la ideología clásica, no podría en realidad, fundamentarse la responsabilidad, en el simple hecho voluntario, pero inculpable del deudor. Se dice que si diversas teorías establecen una responsabilidad sin culpa, en realidad no se trataría de responsabilidad propiamente dicha, sino que de asistencia y de seguridad derivadas de las ideas de riesgo profesional y de solidaridad social (Pianiol Ripert y Esmein *Traité Practique de Droit Civil Francais*, tomo VI, pág. 522).

M. Pianiol G. Ripert dicen que, salvo cuando la ley anule expresamente o limite la responsabilidad, el deudor que no ha ejecutado su obligación es responsable siempre que el acreedor pruebe que la inejecución se deba a una culpa de su parte, sea que se trate, de una culpa intencional o de una culpa no intencional.

Mazeau, quien sostiene que no conviene en materia de responsabilidad contractual aplicar extensamente la teoría y la lógica, opina a este respecto, que la sola inejecución de la obligación hace necesariamente culpable al deudor.

De acuerdo con este criterio, no cabría nunca en materia contractual el hecho voluntario del deudor ya que la culpa no residiría en el campo subjetivo del deudor sino en el objetivo y concreto del incumplimiento de la obligación. En nuestro concepto esto no haría sino desnaturalizar la tesis de la culpa.

Actualmente, la tendencia moderna es hacer de la responsabilidad una consecuencia ineludible de la lesión del derecho ajeno.

En consecuencia, independientemente de toda culpa, el deudor responde de su hecho personal y del hecho de las personas por quienes fuere responsable.

## I.—El hecho voluntario del deudor en el Código Civil Chileno

Podría sostenerse más o menos fundadamente que nuestro Código Civil hace también distinción entre el hecho y la culpa del deudor. Sin embargo ante la opinión contraria de algunos profesores de Derecho, cuyas opiniones son autoridad en la materia, solo trataremos de dejar insinuada la teoría.

En efecto, el art. 1678 de nuestro Código Civil establece que si la cosa debida se destruye por un hecho voluntario del deudor que inculpablemente ignoraba la obligación se deberá solamente el precio sin otra indemnización de perjuicios. En consecuencia, dicha disposición, en el caso de destrucción de la cosa por el hecho del deudor exento de culpa, hace subsistir la obligación principal, traducida en el pago del precio de la cosa y niega lugar a la indemnización de perjuicios. Esta última, sería, en cambio, resultante necesaria de la culpa, como expresamente lo estatuye el art. 1672 inc. del Código Civil que dice: "si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor".

La antítesis entre el hecho y la culpa aparecería en ambos artículos expresamente establecida. Sin embargo, podría sostenerse que el art. 1678 se refiere a la falta de culpa, con respecto al estado de ignorancia de la obligación por parte del deudor y no a la falta de culpabilidad en el hecho que provocó la destrucción de la cosa y que por lo tanto, el espíritu del legislador fué atenuar la responsabilidad del deudor en razón de esta ignorancia inculpable, eximiéndolo de la indemnización de perjuicios correspondientes.

Cabe advertir que la ignorancia inculpable del deudor, con relación a una obligación puede existir en muchos casos, como serían por vía de ejemplo, la de obligaciones contraídas por un causante y heredadas por el deudor, o bien, las contraídas por cualquiera otra persona por la cual el deudor responde (gerente, socios, gestores, etc).

El art. 1826 del mismo Código, establece así mismo, que

si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él y en ámbos casos con derecho para ser indemnizado según las reglas generales. Igual distinción hacen los arts. 1496, 1526, 1533, 1590, 1671, 1679, 1855, 1883, 2381, 2394, etc.

Podría argumentarse, que dichos artículos hacen distinción entre el hecho y la culpa del deudor y que, si bien es cierto, que podría así mismo sostenerse que el legislador la hizo para referirse a la culpa in omitendo y a la culpa in comitendo, no lo es menos que éste, en otras disposiciones ha empleado solo la palabra culpa, ej. en los arts. 1502, 1504, 1506, 1521, 1547, 1846, 1935, 1945, 1975, 2157; 2158; 2235; etc.

Aún más nuestro legislador al definir la culpa en el art. 44 en sus tres gradaciones, habla siempre de cuidado o diligencia en el manejo de los negocios ajenos y ámbas expresiones, según el Diccionario de la Lengua, implican acción y omisión. Podría entonces, tacharse de redundancia en el lenguaje, el hablar de culpa y hecho refiriéndose a la culpa in omitendo y a la culpa in comitendo, ya que por definición ámbas son dos fases de la culpa.

El art. 1961 pone ejemplos al respecto, y hace responsable al arrendador por el hecho o culpa suya que imposibilite la continuación del arrendamiento, como cuando vende la cosa arrendada de que es dueño, o siendo usufructuario de ella, hace cesión del usufructo al propietario sin imponer, en ninguno de ambos casos, la cláusula de respetar el arrendamiento vigente, o en fin pierde la propiedad por no haber pagado el precio de venta.

Si bien es cierto, que en los dos primeros ejemplos existiría en realidad culpa del deudor, no lo es menos que en el último podría ésta no presentarse, siendo ésta, en consecuencia, un caso típico de hecho voluntario pero no culpable del deudor. En efecto, cualquiera persona puede por muy diligente que ella sea, perder una propiedad por el no pago del precio de venta; circunstancia ajenas a su voluntad, como malos negocios resultantes de una crisis general, pueden obligarlo a ello. Debe en tal caso indemnizar al arrendatario.

Aún más, es menester dejar constancia, que nuestro Códigi-

go ha hecho diferenciación entre la culpa grave, leve y levísima y en cada contrato hace responsable al deudor hasta cierto grado de ella. En el contrato de arrendamiento lo hace responsable hasta de la culpa leve y por lo tanto la diligencia que deberá emplear el arrendador, es solo la del buen padre de familia y no una diligencia esmeradísima; en consecuencia, con mayor claridad se vé entonces, que la pérdida de la cosa arrendada por el no pago del precio de venta, puede ser un hecho exento de la culpa exigida por el legislador.

Otro caso también patente, de hecho inculpable del deudor, es el señalado en el inciso 2º del art. 1925. Dicho artículo establece que si el arrendador por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa, el arrendatario tendrá derecho para desistir del contrato, con indemnización de perjuicios. Habrá lugar a esta indemnización, agrega el inc. 2.º, cuando el arrendador haya creído erróneamente y de buena fé que podía arrendar la cosa, salvo que la imposibilidad haya sido conocida del arrendatario o provenga de fuerza mayor o caso fortuito.

No es posible entonces exigir aquí, cuidado y diligencia de cualquiera especie, que es la característica de la noción culpa, a un arrendador que cree erróneamente y de buena fé que podía arrendar la cosa.

Sutilizar más en esta materia y creer que en todo caso habrá culpa en abstracto es desnaturalizar la noción de culpa que es de índole eminentemente subjetiva.

## II.—La culpa del deudor

En general, en el Derecho, la palabra culpa tiene diversas acepciones. Algunos autores la emplean comunmente en el sentido del término latino "injuria" o sea lesión del derecho ajeno; otros la hacen sinónimas de dolo, negligencia, imprudencia o falta de cuidado.

Esta última acepción es la más generalizada y la que en materia contractual ha sido adoptada por la opinión, más o menos uniforme de la doctrina y jurisprudencia.

Nuestro Código también la acepta al definir en el art. 44 la culpa grave, leve y levísima y al equiparar en materia civil, la culpa grave al dolo.

Es indudable, que es condición indispensable de la responsabilidad de un deudor, a quien se le imputa dolo o culpa, el que no cumpla o cumpla imperfecta o inoportunamente su obligación. Dos elementos son entonces los constitutivos de la responsabilidad en este caso, el uno subjetivo: dolo o culpa, el otro objetivo: incumplimiento de la prestación debida.

La regla general contenida en el art. 1546 que dice que "los contratos deben ejecutarse de buena fé y que por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella", — aparece regulada por el art. 1547 que señala el grado de diligencia y cuidado que deberá observar el deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, diligencia y cuidado que están, por lo demás, en relación directa con la mayor o menor utilidad que el contrato reporte para el deudor. Esta responsabilidad solo podrá ser atenuada por la existencia de culpa de la otra parte; por consiguiente si la inexecución de la obligación es imputable a la culpa del acreedor la responsabilidad del deudor disminuye.

El acreedor será culpable cuando no facilita al deudor los medios necesarios y no le suministra las cosas a que está obligado de acuerdo con los términos del contrato y con los usos y costumbres del lugar.

En esta culpa del acreedor, se comprende la de los terceros por los cuales responde y la derivada de las cosas que están bajo su guarda (Planiol, Ripert et Esmein, T. Pág. 544 N<sup>o</sup> 390).

En principio, todo deudor está autorizado para hacerse asesorar por auxiliares y aún más para hacerse sustituir por terceros en la ejecución de la prestación.

Diversos artículos de nuestro Código, que más adelante señalaremos, establecen expresamente esta responsabilidad del deudor y sólo por excepción el art. 2137 crea entre el mandante y el delegado designado nominalmente en el contrato de mandato un nuevo vínculo jurídico que libera por completo de responsabilidad al mandatario.

El progreso económico y la vida moderna impone, en realidad, al deudor, estos terceros ajenos al vínculo contractual.

Y es así, como en razón de sus actividades especiales, diversas personas como industriales, comerciantes, etc. se encuentran en la imprescindible necesidad de hacerse asesorar por auxiliares. La ejecución personal no se concibe en estos casos.

Es entonces, cuando se presenta el problema y surge la pregunta ¿responde el deudor de la culpa de sus auxiliares?

### **Responsabilidad del deudor por el hecho ajeno**

El principio jurídico que dice que, cada cual se obliga por el hecho propio resulta ilógico si se formula en sentido negativo diciendo "no hay responsabilidad más que por los hechos propios". De esto se deduce, que la responsabilidad también cabe por los hechos de terceros; tal principio está establecido en todas las legislaciones.

¿Cuál es el fundamento que explica en materia contractual la responsabilidad de las partes por el hecho de un tercero?

Muchas teorías se han ideado al respecto.

Analizaremos separadamente los casos en los cuales un deudor responde por el hecho ajeno.

En primer término encontramos.

#### **I La responsabilidad del deudor por el hecho del representante.**

La representación es una ficción jurídica, que consiste en considerar al representante, en el mismo lugar y condición que el representado y en consecuencia, el hecho del representante produce respecto del representado los mismos efectos que si hubiera actuado el mismo.

Es tanta la fuerza de esta ficción que aún cuando más tarde, pueda el representado responsabilizar al representante, por sus actos culpables, los contratos por éste ejecutados, con respecto a terceros, conservan su plena eficacia jurídica.

La representación nace o de la ley o de la voluntad de las partes. En ambos casos ella tiene sus límites y es precisamente dentro de estos límites que las actuaciones del representante obligan al representado.

Y es así, como en razón de sus actividades especiales, diversas personas como industriales, comerciantes, etc. se encuentran en la imprescindible necesidad de hacerse asesorar por auxiliares. La ejecución personal no se concibe en estos casos.

Es entonces, cuando se presenta el problema y surge la pregunta ¿responde el deudor de la culpa de sus auxiliares?

### **Responsabilidad del deudor por el hecho ajeno**

El principio jurídico que dice que, cada cual se obliga por el hecho propio resulta ilógico si se formula en sentido negativo diciendo "no hay responsabilidad más que por los hechos propios". De esto se deduce, que la responsabilidad también cabe por los hechos de terceros; tal principio está establecido en todas las legislaciones.

¿Cuál es el fundamento que explica en materia contractual la responsabilidad de las partes por el hecho de un tercero?

Muchas teorías se han ideado al respecto.

Analizaremos separadamente los casos en los cuales un deudor responde por el hecho ajeno.

En primer término encontramos.

#### **I La responsabilidad del deudor por el hecho del representante.**

La representación es una ficción jurídica, que consiste en considerar al representante, en el mismo lugar y condición que el representado y en consecuencia, el hecho del representante produce respecto del representado los mismos efectos que si hubiera actuado el mismo.

Es tanta la fuerza de esta ficción que aún cuando más tarde, pueda el representado responsabilizar al representante, por sus actos culpables, los contratos por éste ejecutados, con respecto a terceros, conservan su plena eficacia jurídica.

La representación nace o de la ley o de la voluntad de las partes. En ambos casos ella tiene sus límites y es precisamente dentro de estos límites que las actuaciones del representante obligan al representado.

Dado el carácter de la representación, la imputabilidad dice aquí relación con el representado y no con el representante, y en consecuencia es menester considerar ante todo la capacidad jurídica del representado.

Cabe advertir, que este principio no dice relación con la representación legal, en la cual el representado es siempre una persona absoluta o relativamente incapaz y dicha institución ha sido creada precisamente para velar por los intereses de los representados.

De acuerdo con nuestro Código Civil el menor responde de la culpa contractual del tutor, con respecto a terceros, sin perjuicio de la responsabilidad que podrá hacer efectiva contra el tutor o curador.

En la legislación Suiza, en cambio, el sujeto no responde de su representante legal siempre que haya una relación causal entre el contrato el representante y la causa del perjuicio.

La representación convencional envuelve un cambio de responsabilidad del representante al representado, en virtud de la culpa in eligendo o bien, de la culpa in vigilando, por los hechos culpables ejecutados por el representante en la celebración o ejecución del contrato.

En consecuencia, la diligencia requerida para la ejecución de un contrato deberá determinarse, no en relación con la que el representante tenga en sus negocios particulares, sino en la personal y propia del obligado.

## **II. Responsabilidad del deudor por el hecho de sus auxiliares**

El deudor es también responsable del hecho ajeno imputable a las personas sometidas a su dependencia y vigilancia.

Es ésta, a nuestro entender, una especie de representación análoga a la llamada por los autores "representación in genero" que consiste en la responsabilidad contractual que afecta a aquel deudor que se vale de un tercero para la ejecución del contrato convenido; así por ej., si un deudor encargado de ejecutar una construcción la encarga a personas extrañas, queda, naturalmente, obligado, por los hechos cometidos por aquellos.

La Jurisprudencia Francesa (cit. por Demogue) cita casos como cuando un porteador es responsable de un accidente,

sobrevenido a un viajero, por la culpa de una persona, por él empleada; y aún más, otra sentencia declaró, que el dueño de un garage responde a su cliente por la destrucción de su automóvil, proveniente de un incendio causado por otro cliente, quien ha podido, por falta de vigilancia, cometer una imprudencia.

Por eso, Giorgi opina que el deudor responde del hecho de los terceros de que él se sirve, sólo en caso de que se le pueda reprochar culpa in eligendo o culpa in vigilando.

Igual responsabilidad incumbe también al deudor, por los hechos de sus criados y dependientes en general. Esta responsabilidad, establecida en diversas disposiciones de nuestro Código Civil, tanto en materia delictual como en materia contractual, se funda en una especie de autoridad doméstica que el deudor tiene para todas las personas que habitan y se encuentran en su casa.

Así, el art. 2242 de nuestro Código Civil, hace responsable al posadero no tan sólo por sus dependientes sino también por las personas extrañas que visitan la posada. Esta responsabilidad que también existe en el Código Francés, reposa, dice Demogue, en la idea del deber, ya que el jefe de una casa, es un verdadero jefe de policía, en ella.

Para nosotros, aquí no hay sino un nuevo caso de representación, derivado del carácter dependiente de dichas personas, en sus relaciones con el deudor.

Para Demogue, la verdadera teoría que explica la responsabilidad del deudor se encuentra en el principio que éste, en todo contrato se obliga a un resultado, a la obtención de una finalidad dada. En consecuencia, si él no obtiene este resultado, por hecho de sus auxiliares, no podría aplicarse el efecto liberatorio del caso fortuito, por carecer del primero de sus caracteres fundamentales, cual es la exterioridad del hecho.

Actualmente, la vida moderna exige al hombre, para la realización de cualquiera actividad, el hacerse asesorar por un crecido número de personas; por lo tanto, el cumplimiento de cualquiera presentación, no requiere, hoy día, la acción personalísima del deudor, sino la de cualquiera persona allegada al mismo. Es lógico, entonces, establecer como compensación a

los beneficios que de dichas personas obtiene el deudor, la responsabilidad de éste, por los actos de aquellos.

En la Legislación Alemana, el deudor es responsable, de acuerdo con el art. 278, no tan solo de la culpa de su representante legal, sino también de las personas de quienes se sirve para la ejecución de su obligación. Esta responsabilidad del deudor por sus auxiliares es entendida con ciertas atenuaciones. Así por ej., en el caso del mandato, el mandatario no responde de los submandatarios más que en los límites fijados por el art. 664.

Otros opinan que la responsabilidad del deudor por los actos de los auxiliares, se basa en una especie de garantía que el deudor ofrece en el contrato. Sin embargo, puede objetarse, que esta especie de garantía no es consignada expresamente en dicho contrato y no es tampoco posible presumir la voluntad del deudor para otorgarla.

Creemos, sin embargo, que como decíamos anteriormente, la responsabilidad del deudor, por el hecho de sus auxiliares subordinados, como empleados, obreros, criados, familiares, etc., se funda mejor en el concepto de la representación, dado el carácter de dependencia, que tienen siempre éstos, con respecto aquel, pero a condición que exista un lazo valorizable de autoridad entre el deudor y sus auxiliares. De ello resulta, que si a espaldas del deudor un tercero entra a su casa y le deteriora la cosa debida, el deudor no es responsable en virtud del caso fortuito producido. En cambio, si el obligado se sirve legítimamente de la obra de otro, para el cumplimiento de la prestación, deberá responder como si lo hubiera hecho directamente, y esta responsabilidad, solo podrá atenuarse en el caso que una cláusula del contrato estableciera expresamente esta sustitución, de modo que solo pudiera imputarse al deudor la culpa in eligendo, o bien, que dicho contrato establezca nominalmente los sustitutos y solo pudiera imputarse al obligado la culpa in vigilando.

Igualmente, el mismo fundamento tiene la responsabilidad del deudor por el hecho de los obreros por él empleados, pues en este caso, no se trata de terceros que le son extraños, sino de personas con las cuales voluntariamente se ha querido sustituir en el desempeño de su obligación.

Debemos advertir que, el acreedor, aún cuando tenga derecho a dirigirse independientemente contra el tercero por su culpa delictual, no puede, en cambio, dirigirse por la culpa contractual sino en la forma y modo como se hiciese contra el obligado mismo.

Por lo tanto, el grado de diligencia exigida, debe ser considerado, no en relación con el auxiliar, sino con el deudor mismo, e igualmente si la tasa de los perjuicios se avalúan de acuerdo con la buena o mala fe existente, esta buena o mala fe dirá relación con la persona del deudor y no con la del auxiliar.

Podría preguntarse, finalmente, dentro de qué límite responden los auxiliares y dependientes del deudor, y si esta responsabilidad es general para todos los actos por éstos efectuados y que impidan el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

La lógica nos dice a este respecto, y aplicando el principio de la representación, fundamento, para nosotros, de la responsabilidad del deudor, que ella tiene por límite el ejercicio de las funciones encomendadas por el deudor. En consecuencia, si los actos realizados por dichas personas, son ejecutados fuera del ejercicio de la función que el deudor les ha confiado, éste no responderá por los actos de aquellos y por lo tanto habrá lugar a hablar de caso fortuito, en razón de la exterioridad del acto. Así por ejemplo, si un dependiente contratado a ciertas horas del día, se introduce furtivamente a la casa del deudor y destruye el objeto debido, el deudor, salvo que pudiere imputársele negligencia en la custodia, no responderá del acto de su empleado.

La Ley Francesa de 1898, pone a cargo del patrón la responsabilidad de los auxiliares, no solamente por el hecho por ellos causado, sino también de los que se produzcan con ocasión del trabajo, siempre que ellos ocurran a la hora y en el lugar del mismo. (Mazcau pág. 96 T. II).

### III.—Responsabilidad del deudor por el hecho de las personas por él asociadas al goce de la cosa

En la misma forma, analizada anteriormente, responde el deudor que asocia a terceros en el goce de la cosa. Su responsabilidad hacia el acreedor permanece intacta; sin embargo, el acreedor no podrá exigir a estos sustitutos, otra diligencia que la establecida en el contrato, siempre naturalmente, que se trate de una sustitución legítima, es decir, que no haya habido prohibición contractual al respecto, porque en tal caso, el deudor deberá responder de toda culpa del sustituto. Así por ejemplo un arrendatario que en el goce de la cosa se sustituye por los subarrendatarios, responde por el hecho de éstos por cuanto ha confiado el cumplimiento de sus obligaciones, como son las de conservar la cosa arrendada y de restituirla a su dueño, a personas, en cuya elección ha intervenido y cuya vigilancia está a su cargo.

La Legislación Suiza consigna expresamente y en términos generales, la responsabilidad del contratante por el hecho culpable e inculpable de sus auxiliares y así un artículo del Código Civil Suizo dice que “el que aún de manera lícita, confía a auxiliares, que personalmente hacen vida común con él, o a sus empleados, la ejecución de una obligación o el ejercicio de un derecho derivado de una obligación, es responsable ante la otra parte del perjuicio que ellos causen en la realización de su trabajo”.

Sin embargo, en este mismo Código, por estipulación expresa puede excluirse esta responsabilidad, salvo el caso del art. 101 que dice, que si el acreedor está al servicio del deudor o si la responsabilidad resulta del ejercicio de una industria autorizada por el poder público, el deudor no puede exonerarse convencionalmente, más que de la responsabilidad de la culpa levisima.

En resumen, el contratante allí responde de sus parientes, de sus allegados, de sus domésticos, de sus subarrendatarios, del personal a su dependencia, de los niños que tiene a su cargo, pero no responde como ya dijimos anteriormente, de su representante legal, sino en las condiciones anteriormente dichas.

En Derecho Americano, el Código Brasileño, nada dice sobre la responsabilidad de sus auxiliares a excepción del caso del art. 1300 que establece que el mandatario autorizado a sustituirse por un tercero, no responde más que en caso de incapacidad o insolvencia notoria.

Igualmente, el Código Civil Argentino, solo se ocupa de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares en el art. 1665 que se refiere al empresario por el hecho de las personas que él ocupa.

### **Responsabilidad de los auxiliares en el Derecho Civil Chileno**

Nuestro Código, consigna expresamente en diversas disposiciones del mismo, la responsabilidad que compete al deudor por el hecho o culpa de los terceros auxiliares. Así por ejemplo el art. 2014, establece expresamente en su inciso final, que tendrá lugar la responsabilidad del acreedor no solo por su propio hecho, sino por el de sus agentes o sirvientes.

El art. 1914 hace responsable al arrendatario no tan solo de su propia culpa, sino de la de su familia, huéspedes y dependientes. Y el art. 1947 en cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidas durante su goce, impone al arrendatario, para exonerarse de responsabilidad, que pruebe que dichos daños y pérdidas no sobrevienen por su culpa ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios.

El art. 2000 hace responsable al artífice no tan solo por su culpa, de la pérdida de la materia suministrada, sino también y en forma genérica, por la culpa de las personas que lo sirven.

El art. 2135 hace responsable al mandatario de los hechos del delegado sino se le ha dado autorización expresa para delegar el encargo y aún en este caso, siempre que el mandante no le hubiere designado la persona y el delegado era notoriamente incapaz o insolvente. En este último caso lo hace responsable de la culpa in eligendo.

En cambio, existe en el contrato de mandato una excepción al principio de que el deudor es responsable de los actos de terceros, tal ocurre cuando la delegación a determinadas

personas ha sido autorizada expresamente por el mandante, a causa de que aquí se constituye entre el mandante y el delegado, un nuevo mandato.

El art. 1925 hace responsable al arrendador cuando por su hecho o culpa o de sus agentes o dependientes se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa. Igual responsabilidad también tiene cuando es constituido en mora de entregar por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes.

El art. 2242 ya mencionado, hace responsable al posadero por la culpa de sus dependientes y hasta de extraños que visiten la posada, salvo que el hecho fuere de algún modo imputable a negligencia del alojado.

En materia delictual toda persona es responsable no solo de sus propias acciones sino del hecho de aquellas que estuvieren a su cuidado. En consecuencia, todo deudor debe responder del hecho delictual o cuasi delictual de ciertas personas que le impidan el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de su obligación. Por consiguiente, a un deudor que a virtud de un hecho ejecutado por alguna de las personas, animales o cosas a que el Tit. XXXV del libro IV del Código Civil se refiere, se ve imposibilitado para cumplir su obligación, le afectará una doble responsabilidad: la delictual que le impone el art. 2314 y la contractual derivada del incumplimiento de su obligación.

### **Responsabilidad de los sustitutos y auxiliares ante el deudor**

La responsabilidad del deudor, por el hecho de sus sustitutos y auxiliares, puede desaparecer en virtud de una cláusula contractual que expresamente así lo disponga. Pero de acuerdo con los principios generales de Derecho, esta exoneración no puede alcanzar hasta la culpa grave o dolo.

En caso contrario, el deudor es responsable, ante el acreedor, del hecho o culpa de aquellos, sin perjuicio de la acción que le corresponde contra los mismos, por la indemnización de los perjuicios a él irrogados.

Para determinar la acción que le corresponde al deudor contra el tercero auxiliar, debemos distinguir dos situaciones:

una, en la cual el auxiliar se ha comprometido, con respecto al deudor, a ejecutar cierta prestación dada y en consecuencia existe entre ambos un vínculo jurídico, tendiente a realizar la obligación derivada del contrato entre el acreedor y el deudor; y otra, en la cual no existe ningún vínculo contractual entre el deudor y su auxiliar relativo a la obligación entre el deudor y el acreedor. En el primer caso, la acción del deudor se dirigirá contra el hecho y la culpa del auxiliar y en el último, solo por su culpa en razón que el auxiliar no se ha comprometido a ninguna prestación y en consecuencia, no tiene responsabilidad contractual hacia el deudor.

## CAPITULO II

### **Estudio comparativo de los términos caso fortuito y fuerza mayor**

Las diversas concepciones creadas para diferenciar los términos caso fortuito y fuerza mayor, aparte de su importancia teórica, no tienen en nuestra legislación utilidad alguna.

Por lo demás, si bien es cierto, que puede concebirse una diferencia de grado o de naturaleza entre ellos, no lo es menos, que las distinciones propuestas, explican la tendencia de nuestros autores de Derecho, de buscar subterfugios, que capaces de encuadrarse dentro de los clásicos moldes jurídicos, puedan extender de una vez por todas el campo de la responsabilidad, más allá de la culpa.

### PRIMERA TEORIA

En conformidad a ella, los términos caso fortuito y fuerza mayor no son antagónicos; no existen entre ellos, diferencias fundamentales. Sin simplemente dos fases "dos aspectos diferentes de un mismo hecho".

En efecto, la sola circunstancia de tener, un determinado acontecimiento, una causa ajena al sujeto inculpado, basta para darle a aquél, el caracter de caso fortuito.

En la fuerza mayor, en cambio, carece de importancia el origen del hecho y solo es necesario que éste, presente la cualidad de insuperable.

M. Planiol cree, que es esta la verdadera doctrina aplicable al Código Francés, ya que éste dado los términos en que están concebidos los arts. 1147 y 1148, hace diferencias al respecto.

Dice M. Planiol: "debe usarse la expresión caso fortuito cuando quiera aludirse al origen externo del obstáculo que ha impedido la ejecución de la obligación y por el contrario debe usarse la expresión fuerza mayor para indicar la naturaleza insuperable de este abtáculo".

En consecuencia ambos términos pueden coexistir con respecto a un mismo hecho.

## SEGUNDA TEORIA

Más sutil es aún esta tesis, pues fundamenta la distinción en la mayor o menor gravedad que revestiría el hecho.

El caso fortuito y la fuerza mayor serían dos conceptos genéricos iguales y cuya diferencia específica residiría en la mayor intensidad de la fuerza mayor.

Tal es la opinión de M. Marie (*Du cas fortuit et de la force majeure dans les contrats de Droit Civil 1895*), quien dice que "cuando es la fuerza mayor la que se exige como medio de liberación, los tribunales deben mostrarse más rigurosos y pedir a los contratantes todo el cuidado y la diligencia posible en la ejecución de su obligación, porque la fuerza mayor corresponde, a una mayor agravación de la responsabilidad.

El caso fortuito da margen, en cambio, a cierta indulgencia.

## TERCERA TEORIA

Aquí encontramos ya algo más positivo.

El caso fortuito sería un acontecimiento, cuyo origen residiría en la acción personal del sujeto, mientras que el origen de la fuerza mayor sería enteramente extraña a dicha acción.

Solo la fuerza mayor exoneraría de responsabilidad al agente. El caso fortuito sería impotente para ello.

En realidad, esta tesis es más lógica y más armónica con las novísimas tendencias del Derecho Civil, de prescindir de la culpa del sujeto, cimentando la responsabilidad en la "necesidad de reparación" de que habla Saleilles.

M. Burgoin en su "Essai sur la distinction du cas fortuit et de la force majeure, 1902" defiende con calor dicha doctrina, aduciendo además el carácter netamente objetivo de ella.

Más o menos concordante con esta tesis, es la formulada por Chironi en sus comentarios sobre las disposiciones pertinentes del Código Italiano

Chironi opina, que es conveniente y justo distinguir entre el caso fortuito y la fuerza mayor e interpreta las disposiciones del Código Italiano que incluye en la expresión caso fortuito la de fuerza mayor, diciendo, que es fuerza mayor, el caso fortuito, que por el modo con que se presenta (acontecimiento natural o producto de una tercera persona, de cuyos hechos no responde el obligado) resulta extraño al deudor. De modo que sin necesidad de analizar lo relativo a la diligencia no haya duda de que el deudor es inculpable, mientras que en el simple caso fortuito, el acontecimiento es de tal naturaleza que haga necesario, al deudor, la prueba de haber adoptado la diligencia requerida, en razón de las dudas que existirían al respecto (Chironi, Culpa Contractual, Pág. 760 N.º 308).

#### CUARTA TEORIA

Fruto del ingenio de M. Jossierand, esta concepción no hace sino sutilizar la anterior.

La fuerza mayor sería a su juicio, un acontecimiento en sí perjudicial, con obstrucción de toda posible ingerencia del hombre. En síntesis, el hecho fatal del destino.

El caso fortuito, en cambio, llevaría implícita la actividad humana, sea ella exclusiva o agregada a las fuerzas naturales.

Es menester dejar constancia de que se hace exclusión, de toda culpa del agente, por cuanto si ella existiera, ya no nos encontraríamos en el campo de acción del caso fortuito.

M. Jossierand define la fuerza mayor, como la falta de conexión entre el hecho perjudicial y el medio, el organismo en que se produjo.

En resumen, la condición sine qua non exigida por M. Jossierand al definir en dicha forma la fuerza mayor, es apar-

tar hasta la menor posibilidad de intervención del sujeto. El hecho debe ser aún, intelectualmente ajeno a su actividad.

El caso fortuito, en cambio, supone cierta conexión entre el hecho perjudicial y el medio en que se produce, lo cual indicaría ya, una intervención indirecta del agente.

Sin entrar en el terreno de la culpa, sería este como dice M. Josserand "la realización de un riesgo instituido por el hombre, de un riesgo profesional cuyo peso debe soportarlo su creador.

Convencido de la bondad de su doctrina, pretende encontrar su aplicación en el Código Francés y leyes posteriores.

Citamos por vía de ejemplo, para establecer claramente el alcance que tiene a juicio del autor "el medio en que se produce el acontecimiento" la aplicación que la tesis pretende encontrar en los arts. 1953 y 1954 del Código Civil Francés. El primero declara al hotelero o posadero responsable del robo cometido, o de los perjuicios causados, sea por sus criados o personas encargadas de servicios especiales, o sea aún por los extraños que entran en el hotel; pero el art. 1954 hace cesar esta responsabilidad, cuando el robo se verifica con fuerza armada u otra fuerza mayor. La antítesis, se encuentra así netamente establecida entre los perjuicios que son causados por el funcionamiento de la industria, que lleva implícito un riesgo creado por el hotelero, y los que resultan de la irrupción en la empresa, de una fuerza extraña y superior a la que todo el mundo está expuesto. Es por esta razón que el art. 1954 reserva expresamente para este caso, el calificativo de fuerza mayor.

La tesis de Josserand, un tanto antijurídica, dada la concepción clásica de la culpa, tiene la ventaja de adaptarse mejor a las grandes empresas, que pueden soportar una responsabilidad mayor. Así por ejemplo la Ley de Accidentes del Trabajo toma en consideración la exterioridad del hecho para declarar al patrón irresponsable.

## QUINTA TEORIA

De acuerdo con ella, la fuerza mayor estaría dotada de dos caracteres esenciales:

1.º) Origen exterior al sujeto.

2.o) Absoluta imposibilidad de previsión del acontecimiento.

El caso fortuito, a la inversa, sería aquel en que no concurrieran simultáneamente ambos requisitos.

Su autor Exner: "La notion de la force majeure. Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport", desarrolla extensamente su teoría llegando a las siguientes conclusiones:

a) Dos elementos son los determinantes de la fuerza mayor: uno cualitativo, otro cuantitativo.

b) El cualitativo está constituido por la exterioridad del origen del acontecimiento, entendiéndose por exterioridad no la acepción que ella tiene en el lenguaje corriente sino una de índole netamente material. Se excluye el elemento humano y solo se atiende a sí el hecho se verificó fuera de la empresa u organismo de que se trate.

c) El cuantitativo, dice relación con la gravedad que el acontecimiento debe revestir. Dicho acontecimiento debe ser de una intensidad superior a los fenómenos naturales u ordinarios.

Exner opina que es ésta una condición fácilmente susceptible de comprobación dado los caracteres de notoriedad y violencia insuperable que siempre acompaña a esta clase de manifestaciones.

d) La teoría es en consecuencia, eminentemente objetiva.

El juez no tendrá necesidad de hacer análisis psicológico, sino determinar si el hecho es de tal naturaleza que en circunstancias ordinarias nadie hubiera podido preverlo. De lo anteriormente expuesto, deducimos que para Exner no sería fuerza mayor un hecho que fuera completamente ajeno al sujeto inculpado si es éste relativamente susceptible de previsión.

## SEXTA TEORIA

Sustentada por Colin et Capitant.

Divide la imposibilidad de ejecución en dos categorías:

a) La imposibilidad relativa o sea aquella derivada de la capacidad misma del deudor y

b) La imposibilidad absoluta, o sea aquella general a todos.

Todo hecho que diere margen a la primera de estas imposibilidades, constituiría caso fortuito y todo hecho que diere lugar a la segunda, sería fuerza mayor.

### **Inexistencia en nuestro derecho de toda diferencia específica entre el caso fortuito y la fuerza mayor**

Nuestro Derecho no hace distinción alguna entre las expresiones caso fortuito y fuerza mayor.

Dice el artículo 45 de nuestro Código Civil: "se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

En el proyecto del Código Civil no existía esta definición. Solamente decía que, la fuerza mayor quedaba comprendida en la denominación de caso fortuito.

Si bien es cierto, que en el lenguaje vulgar estas expresiones caso fortuito y fuerza mayor tienen un significado diferente no es menos cierto que en nuestro Código, esta distinción carece de importancia, ya que ambas, en igual forma, liberan al deudor del cumplimiento de su obligación.

El deudor queda completamente libre del vínculo jurídico, siempre que su imposibilidad de ejecución se derive de un acontecimiento imprevisto e irresistible.

Los textos legales hablan, en general del caso fortuito y de la fuerza mayor, sin explicar el sentido de estas expresiones y ni mucho menos dar definición sobre ellos. Es entonces en la jurisprudencia, donde es preciso buscar los caracteres y de determinar aún los efectos del caso fortuito y de la fuerza mayor.

En el Código Francés, por ejemplo, el art. 1147, habla de "causa extraña que no puede ser imputada" lo cual implicaría el concepto de fuerza mayor, pero el art. 1148 asimila el caso fortuito a la fuerza mayor. En la misma forma el art. 1953 hace una clara distinción entre los hechos provenientes de una causa externa y de una interna, pero otros

artículos del mismo Código emplean indistintamente la expresión caso fortuito y fuerza mayor.

La jurisprudencia francesa, en cambio, salvo muy raras excepciones, ha sido unánime al afirmar que no hay ninguna distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor y por consiguiente ha empleado indistintamente, ambas expresiones.

Algunos autores opinan que convendría hacer una diferenciación al respecto, restringiendo la liberación proveniente del caso fortuito, tomado en sentido genérico, solo a los casos de fuerza mayor, entendiendo por ésta, los hechos en los cuales el obligado no tenga ninguna ingerencia, o en otros términos, los hechos exteriores al mismo. Así por ejemplo en el contrato de transporte sólo se admitiría la liberación de la responsabilidad del obligado en el caso de fuerza mayor, en atención a que el deudor, en este contrato, está actualmente representado por grandes empresas, que pueden soportar fácilmente los riesgos. Iguales razones existen en el contrato de trabajo y en consecuencia, en el caso de accidentes solo se exoneraría al patrón de los hechos puramente exteriores o sea, de los constitutivos en teoría, de fuerza mayor.

En otros contratos afirman dichos autores que la distinción del caso fortuito y de la fuerza mayor, para los efectos de la liberación del deudor, también tiene importancia. Así por ejemplo, en el arrendamiento, la Jurisprudencia Francesa ha declarado más o menos uniformemente, que solo la fuerza mayor exoneraría de responsabilidad al arrendatario, dada la mayor posibilidad de inculpabilidad de éste.

### CAPITULO III

#### **Concepto y condiciones que debe reunir el caso fortuito o fuerza mayor para ser considerado como tal**

##### **I.—Concepto del caso fortuito o fuerza mayor**

El fundamento en que descansa la tesis del caso fortuito o fuerza mayor, es el principio que dice "a lo imposible nadie está obligado", o en otros términos, ninguna responsabilidad afecta a aquel que no ejecuta la prestación derivada de un contrato, en razón de una imposibilidad real. En consecuencia la imposibilidad es la base de la liberación.

Chironi define el caso fortuito diciendo que "es aquel acontecimiento no imputable al deudor y el que, según la medida de la diligencia requerida no se podía prever, o que pudiendo preverse, es inevitable, y de tal naturaleza que impide el cumplimiento de la obligación" (Chironi, CULPA CONTRACTUAL, pág. 759 N.º 308, T. II).

Para Chironi, dos son los elementos constitutivos del caso fortuito:

- 1.º La determinación de la diligencia a que el obligado estuviere sometido.
- 2.º La posibilidad de prever o de evitar en atención al factor anterior.

Baudry-Lecantinerie, lo define por su parte, diciendo, que, es todo acontecimiento que no puede preverse o bien que pudiendo preverse no pueda resistirse (Baudry-Lacantinerie et Barde "Traité Théorique et Pratique de Droit Civil. Des Obligations 3.º ed. 1906 T. I pág. 486 N.º 455) y califica como definición comprensiva y clásica del caso fortuito, la contenida en el art. 1105 del Código Español que dice "fuera de los casos expresamente señalados por la ley y de los que la

obligación lo estipule, nadie responderá de los acontecimientos que no hayan podido preverse o de los que, aunque previstos, hayan sido inevitables. A la inversa Laurent opina que no es conveniente adoptarla (Laurent T. 16 N.º 264).

Emérigon, en su *Traité des assurances et des contrats a la grosse* T. I. pág. 556 y siguiente cit., por Henry Mazcau "*Traité Tréorique et Pretique de la Responsabilité Civile, Delictuelle et Contractuelle* T. II pág. 95) define el caso fortuito como el acontecimiento que la prudencia humana no puede prever y fuerza mayor como aquella que no se puede resistir.

Refundiendo ambas definiciones podría decirse que caso fortuito es una fuerza mayor que no puede preverse ni tampoco resistirse.

Los redactores del Código Francés declararon a los que reclamaban, una definición en los trabajos preparatorios del Código Civil, que la definición de la fuerza mayor es conocida. "Se sabe que este nombre no es dado más que a los accidentes que la vigilancia y la industria de los hombres no han podido ni prever ni impedir" (Nazeau T. II pág. 97).

La Jurisprudencia Francesa en diversas sentencias, han sentado la siguiente definición de caso fortuito "Es caso fortuito un acontecimiento que por su misma naturaleza se sustrae al poder del hombre, aunque la posibilidad de su realización haya podido presentarse al espíritu en el momento de la celebración del contrato". (Jurisprudencia tomada de Larembière, T. II pág. 9).

El Código Francés en el art. 1147 nos señala el concepto del caso fortuito diciendo "el deudor, es condenado y hay lugar al pago de la indemnización de perjuicios, sea en razón de la inejecución de la obligación, sea en razón del retardo en dicha ejecución toda vez que no justifique que, la inejecución proviene de una causa extraña que no le puede ser imputada y que no ha habido mala fe de su parte".

Dos son los elementos que el Código Francés exige para calificar un hecho de fortuito, ellos son:

- a) Causa extraña que no pueda serle imputada y
- b) Que no exista mala fe de parte del obligado.

Se puede criticar justamente a dicha definición, lo superfluo del segundo término. En efecto, el primer elemento

exige la falta de imputabilidad para el deudor, lo cual lleva implícita la buena fe requerida en el segundo término, porque un hecho es imputable a un sujeto cuando interviene el dolo o la culpa de éste.

El Código Italiano en los arts. 1226, 1298 y 1299 sienta idénticos principios.

El Código Brasileño, en su art. 1058 establece que, el caso fortuito o fuerza mayor consiste en un acontecimiento inevitable y en el cual no es posible evitar o impedir sus efectos.

El Código Alemán por su parte, en su art. 275, dice que, el deudor queda liberado de la obligación de efectuar la prestación, desde que ésta se hace imposible a consecuencia de una circunstancia sobrevenida después del nacimiento de la relación contractual y de la cual el deudor no responde.

El Código Alemán, exige, pues, que el acontecimiento que hace imposible el cumplimiento de la prestación, sea posterior a la celebración del contrato y que este acontecimiento no sea imputable al deudor.

El concepto del caso fortuito, en la Legislación Suiza, está contenido en los arts. 97 y 119 del Código de las Obligaciones. El art. 97 dice que, el deudor está obligado a reparar los perjuicios resultantes de la inejecución de las obligaciones, a menos que él pruebe, que ninguna culpa le es imputable. El art. 119 por su parte dice, que la obligación se extingue, cuando la ejecución se ha hecho imposible a consecuencia de circunstancias no imputables al deudor. De estos artículos se deduce que, lo fundamental para la Legislación Suiza es en esta materia, la falta de culpabilidad del deudor.

El Código Español en sus arts. 1105 y 1182 sienta el concepto de la fuerza mayor diciendo que “nadie responde de los acontecimientos que no ha podido prever o bien que provistos han sido inevitables”.

El Código Marroquí, en su art. 269 y el Tunisino en el art. 283 precisan la noción de la fuerza mayor diciendo que la fuerza mayor es todo hecho que el hombre no puede prever, tal como los fenómenos naturales (inundaciones, sequías, tempestades, incendio, la invasión del enemigo, el hecho del príncipe) y que hace imposible la ejecución de la obligación.

El Código Brasileño en su artículo 1058 define el caso fortuito como un acontecimiento necesario que no es posible evitar o impedir sus efectos.

El art. 548 del Código Civil Argentino define el caso fortuito más o menos por el estilo de la definición de nuestro Código, El caso fortuito expresa, es aquel que no puede preverse y que previsto no puede ser evitado.

El Código Civil Chileno lo define en su artículo 45 diciendo: "se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

De acuerdo con nuestro Código los caracteres fundamentales del caso fortuito o fuerza mayor son:

- 1.o Un acontecimiento imprevisto y
- 2.o Irresistibilidad del acontecimiento.

Dada la redacción del artículo 45, es necesario que dichos caracteres sean copulativos. Esto tiene una enorme importancia porque los términos imprevisto e irresistible son absolutamente diferentes. Así puede haber irresistible sin imprevisto; por ejemplo, un comerciante que a raíz de una prohibición de exportación se encuentra en la imposibilidad de expedir las mercaderías vendidas, a pesar que conocía la inminencia de la prohibición. Por consiguiente, de acuerdo con nuestro Código aquí no hay fuerza mayor porque el acontecimiento a pesar de ser irresistible era previsible.

A la inversa, puede haber imprevisto sin irresistible, ejemplos tenemos, en una serie de acontecimientos que no pueden ser previstos y que constituyen simples dificultades de ejecución, pero no imposibilidades verdaderas; aquí tampoco hay fuerza mayor.

La definición de nuestro Código, precisa, en realidad, la noción del caso fortuito y cabe dejar constancia que Mazecau, de acuerdo con la Corte de Casación Francesa, define la fuerza mayor o caso fortuito en materia contractual diciendo "hay fuerza mayor cada vez que el deudor esté en la imposibilidad de ejecutar su obligación por un acontecimiento imprevisto".

En resumen, terminamos definiendo en materia contractual el caso fortuito o fuerza mayor, como un acontecimiento

imprevisible e irresistible y no imputable al deudor, que impide el íntegro, exacto y oportuno cumplimiento de una obligación contractual.

## II.—Condiciones que debe reunir el caso fortuito o fuerza mayor para ser considerado como tal

Los requisitos indispensables para que un hecho constituya caso fortuito o fuerza mayor son:

- 1.º Un acontecimiento extraño a la voluntad del deudor y por lo tanto no imputable;
- 2.º Un hecho que no pueda preverse, y sea imposible de evitar.
- 3.º Imposibilidad de cumplimiento respecto a la obligación contraída.

### I.—Hecho extraño a la voluntad del deudor

Etimológicamente el término hecho extraño, tiene dos significados:

- a) Aquel en que se equipara a “hecho no imputable” y
- b) Cuando se refiere a la persona que ha cometido el hecho.

Nosotros lo tomaremos, en el primer sentido, y al decir “hecho extraño nos referimos a hecho no imputable” dando a entender por estos términos, como dice Chironi, “la necesidad de que el acontecimiento llamado fortuito, no se encuentre en relación alguna de efecto a causa con la conducta culpable del deudor”.

El Código Civil Italiano, en su art. 1225, dispone que los hechos provenientes de causa extraña y no imputables al deudor excusan la inexecución (Chironi Culpa Contractual pág. 758).

Algunos autores opinan, que para que un hecho pueda calificarse de fortuito, se requiere además de no ser imputable al deudor, que se efectúe por personas, o por elementos que le son extraños y que si es el resultado de actos propios del sujeto obligado, aún cuando sea inocente y haya obrado de buena fe, este acontecimiento no podría jamás ser calificado

de fortuito. La buena fe no basta, dicen, para exonerar al deudor del cumplimiento exacto de su obligación.

Sin embargo y en atención a la etimología que hemos dado al término hecho extraño al deudor, creemos que existen actos ejecutados por la misma persona obligada y que merecen el calificativo de hecho extraño a la misma y por consiguiente, de caso fortuito o fuerza mayor. Tal ocurre, cuando el individuo es obligado a obrar en un sentido determinado por medios coercitivos, superiores a su resistencia normal.

Nuestro Código Penal, contempla especialmente este caso; así en su art. 10 N.º 9 declara exento de responsabilidad criminal "al que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable".

La Jurisprudencia Francesa ha admitido, algunas veces, como caso de fuerza mayor los hechos voluntarios, pero no culpables del deudor.

Ciertos tratadistas franceses, pretenden encontrar aplicaciones de este tésis en el Código Civil Francés. Así dicen el art. 1177, habla de "causa extraña que no puede serle imputada" lo cual no hace sino establecer la teoría del riesgo, al exigir la exterioridad del acontecimiento al obligado.

Mazecau afirma, que esta interpretación no puede ser aceptada, dado que los redactores del Código, estaban imbuidos en los principios que constituyen la tésis de la culpa y por consiguiente "causa extraña que no puede serle imputada" significa que la causa es extraña al deudor en el sentido de no serle imputable. Por lo tanto la expresión antedicha, de acuerdo con el pensamiento de los redactores del Código Francés forman un solo todo. (Mazecau, T. II pág. 99).

Desde el punto de vista subjetivo, se requiere pues, que se trate de un hecho ajeno a la voluntad del deudor, esto es que no pueda existir, la más leve presunción de culpa. No podrá imputársele, en consecuencia aquello que sucede por hechos extraños, independientes, de su voluntad. "Nome potest imputare quod humana providentia regui non potest".

Tenemos, pues, como requisito esencial del caso fortuito el que los hechos no sean imputables a la persona obligada, es decir, que no hayan sido sus manifestaciones volitivas, acti-

vas o pasivas culpables la causa directa o indirecta de su realización.

No debe pues, concurrir ni el dolo, ni la culpa, ni la mora.

**DOLO.**—Con respecto al dolo, sabemos que ni siquiera la renuncia anticipada de los mismos interesados es suficiente, para destruir la responsabilidad que él acarrea.

**CULPA.**—La culpa, puede presentarse en varias formas. En primer lugar cuando el hecho se produce a consecuencia de actos propios del obligado, quien aún cuando no los ejecute con la directa intención de perjudicar, llevan sin embargo, implícita, una intención indirecta.

También hay culpa cuando por negligencia se dá ocasión para que el acto culpable se produzca.

Igualmente existe culpa, cuando durante la realización del suceso, o aún después de haber ocurrido, no se emplean todas las medidas necesarias para que los perjuicios se reduzcan al mínimum o se supriman en absoluto.

Por eso los autores establecen el siguiente principio al respecto: “Si existe culpa anterior, coetánea o posterior a la fuerza mayor, el deudor es responsable”.

Debemos advertir que, como dice Demogue, la inculpa-bilidad exigida al deudor, debe entenderse en el sentido, no precisamente de una ausencia total de culpa, en el sentido subjetivo del término, sino, culpa no probada.

Finalmente, también existiría culpa y por consiguiente, el deudor respondería del caso fortuito, cuando ejecuta el contrato en una forma distinta de la ya convenida, y en tal caso habría un lazo causal entre su acto y la imposibilidad de ejecución. Por ejemplo, si se ha dado en comodato una cosa y el deudor hace un uso distinto del convenido, estará obligado a la indemnización de perjuicios, sin que pueda excusarse por el caso fortuito ocurrido. En la única forma que podrá liberarse será probando, que la misma fuerza mayor, le habría también impedido ejecutar el contrato en la forma convenida.

Cabe advertir que cuando el caso fortuito es inminente, debe el deudor, dar a conocer al acreedor, el obstáculo que podría impedir la ejecución del contrato, pidiendo instrucciones al respecto.

Si el acreedor no se apresura a allanar las dificultades, sea en la forma insinuada por el deudor, o en otra distinta, no podrá más tarde, hablar de ejecución imperfecta, siempre naturalmente que el deudor pruebe que el impedimento para la ejecución de la prestación convenida, fué precisamente, el que él denunció con oportunidad. Así por ejemplo si un porteador previene a la otra parte que la conducción por el medio convenido puede ser afectada por posibles lluvias inminentes que dañarán la mercadería y si el acreedor nada dice, y la mercadería es dañada, deberá el deudor sin embargo, probar, que la causa precisa del daño fué la lluvia.

Se plantea también respecto a esta materia, el problema relativo a determinar si existe culpabilidad en un deudor que tiene un largo plazo para ejecutar una obligación y que en razón de esperar el última momento para realizarlo, se ve en la imposibilidad de hacerlo a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor.

Las opiniones de los autores están divididas; así mientras unos opinan, que el obligado puede usar de su derecho hasta el final del plazo, sin otra clase de consideraciones, otros exigen por el contrario, que el deudor adelante la ejecución de la obligación, cuando se presenten fundadas presunciones, que la realización se hará más tarde imposible.

En resumen, estos últimos declaran la culpabilidad del deudor en razón de su falta de prudencia en el cumplimiento de sus obligaciones.

MORA.—En cuanto a la mora, que como sabemos es el retardo culpable en el cumplimiento de la obligación, excluye también el caso fortuito, y el deudor se hará responsable, salvo que el caso fortuito o fuerza mayor hubiera también acaecido estando la cosa en poder del acreedor. Basta, en conformidad a nuestro Código Civil, que el deudor esté en mora para que se le impute culpa y sobre él recaiga la responsabilidad consiguiente.

### **¿El hecho de terceros es o no un hecho extraño al deudor?**

Como hemos ya analizado en la primera parte de este estudio, los terceros pueden clasificarse en dos categorías:

aquellos por los cuales el deudor responde y aquellos que merecen, en realidad, el calificativo de terceros y por los cuales el deudor no responde. La responsabilidad de los primeros deriva, como lo dijimos anteriormente, de la teoría de la representación.

Las actos por ellos ejecutados, por una especie de ficción jurídica, se reputan realizados por el deudor y en consecuencia, respecto de ellos, se siguen las reglas aplicables a los actos del deudor.

En cambio, los actos realizados por los terceros extraños al deudor, entran de lleno en la categoría de los hechos que constituyen caso fortuito o fuerza mayor, siempre naturalmente, que en la ejecución de los actos de estos terceros no hayan concurrido ni el dolo ni la culpa del deudor, sea ocasionándolos, sea agravándolos o sea permitiéndolos.

## 2.º—Acontecimiento imprevisto e inevitable.

### a).—Imprevisto

Desde el punto de vista objetivo, lo imprevisto del acontecimiento, es lo que caracteriza el caso fortuito.

Conviene a este respecto distinguir entre el hecho probable y el hecho posible. Un hecho probable, según el Diccionario de la Lengua, es "un hecho verosímil o fundado, que es de creer que suceda" un hecho posible es "aquel que puede ser o existir dentro de los límites de la capacidad de las cosas".

La imprevisión dice aquí relación con los hechos probables y no con los hechos posibles, porque en realidad no se puede prever o conjurar todo aquello que es posible. Por ejemplo, se cita como hechos posibles, pero no probables los siguientes: la detención brusca de un tranvía, la lluvia, una afluencia excepcional de viajeros o mercaderías en una estación, una tempestad en el mar, etc. (Planiol Ripert et Esmein, T. I N.º 582).

Para Mazeau, decir que un acontecimiento es imprevisto, significa afirmar que no hay ninguna razón especial para que un acontecimiento se produzca; una simple posibilidad

vaga de realización, no sería suficiente para excluir la imprevisibilidad.

Ricci, dice a este respecto, que si observamos atentamente los acontecimientos que se consideran como casos fortuitos, veremos que casi todos son susceptibles de previsión y que muy rara vez sucede algo que quede fuera del alcance de la inteligencia humana.

Pero, si en este sentido no cabe hacer distingos, es posible en cambio, hacer una distinción entre lo que se debe esperar como suceso posible y lo que está fuera de las posibilidades ordinarias. Un suceso no habitual aún cuando pertenezca a la categoría de los acontecimientos previsibles, puede calificarse de imprevisto.

Una guerra por ejemplo, es naturalmente previsible, pero cuando se contrae una determinada obligación, puede no sospecharse siquiera, que tal evento pudiese ocurrir, por razones derivadas de las buenas relaciones en que el país se encuentra con los otros pueblos, de su bienestar económico, etc. Siendo, pues, previsible este suceso, entra sin embargo en la categoría de aquellos que no lo son.

El hecho imprevisible puede ser por lo demás, una consecuencia normal de un hecho previsible (Radouant, pág. 156 cit. por Demogue).

Por lo tanto, para calificar un hecho de previsible o de imprevisible, habrá que examinar en cada caso particular, las condiciones en que se encuentra colocado el sujeto obligado, el tiempo, el lugar, etc.

Y por otra parte, será necesario considerar al deudor no en relación consigo mismo, sino con el tipo clásico del buen padre de familia.

Demogue opina, a este respecto, que será al Tribunal a quien corresponderá determinar si el deudor pudo prever tal acontecimiento, tomando en cuenta diversos factores, por ejemplo si al deudor se le notificó del peligro, o si el hecho es de los que se repiten frecuente o periódicamente, o si se trata de riesgos inherentes a una empresa. En todos estos casos si el hecho pudo ser previsto o conjurado, no hay caso fortuito.

La Jurisprudencia Francesa, cita como hechos previsibles,

un miting público cuya afluencia de gente pudo ser evitada, trabajos que pudieron cortar una línea eléctrica, una guerra cuya duración pudo ser prevenida la desviación de un navío por efecto de una corriente submarina, etc., etc.

Se dice pues, que son sucesos que no se pueden prever, aquellos que no es probable que ocurran, dadas las condiciones y circunstancias en que la obligación se contrajo.

El actual Código Español, en el art. 1105, prescribe que: "fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y los que así los declara la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos fueran inevitables".

Para que exista, por lo tanto, en la Legislación Española, caso fortuito o fuerza mayor, se requiere, que no se haya podido prever el hecho, o pudiendo preverse se haya el deudor encontrado en la imposibilidad de evitarlo.

#### b) Inevitable

La imposibilidad de evitar el suceso, o sea, su irresistibilidad, existe, cuando el hecho fuese de tal naturaleza que se ocultare a la diligente previsión del obligado, o bien, aunque fuese visible, pese a aquel cuidado, no se pudiese sin embargo vencer (Chironi, T. II párr. 310).

El deudor entonces, estará obligado a emplear todos los medios necesarios para evitar el suceso, o si ya éste se ha producido, emplear toda la diligencia posible, para evitar sus consecuencias dañosas, o hacer que éstas, sean las menores posibles.

A este respecto, carece de importancia la clasificación entre los hechos probables y los hechos posibles, por cuanto, en ambos casos, por el solo carácter de irresistibilidad queda el deudor liberado de responsabilidad.

El obligado, pues, para dar cumplimiento exacto e íntegro de su obligación, empleará el máximo de diligencia requerido, pues de otro modo será responsable de todos los perjuicios ocasionados a su acreedor.

### 3.0—Imposibilidad de cumplimiento respecto a la obligación contraída

La imposibilidad de dar cumplimiento a la obligación que se contrajo, es otra de las condiciones que un suceso o acontecimiento debe reunir, para ser considerado como caso fortuito o fuerza mayor.

Chironi hace a este respecto, dos clasificaciones y dice que la imposibilidad puede ser objetiva (absoluta) o subjetiva (relativa). Si la imposibilidad fuese objetiva, es decir, si recae sobre la cosa en sí misma, sin referirse a determinadas personas, y fuese anterior a la celebración del contrato, la obligación no se genera, por falta de objeto; pero si la imposibilidad es subjetiva, (o sea relativa a la persona del deudor) la relación obligatoria se genera y en último caso, el deudor estará obligado a la prestación pecunaria del daño irrogado, quien vendrá a sustituirse a la prestación específica.

Para Chironi esto significa, atendiendo a la intención común de las partes, que el obligado pudiera razonablemente presumir que vencería la imposibilidad, entonces existente; por ejemplo, la venta de una cosa que no está en poder del vendedor en el momento del contrato (Chironi *Culpa Contractual*, pág. 765 N.º 311).

Por nuestra parte, sólo consideramos la imposibilidad como posterior a la celebración del contrato, y, por lo tanto, prescindimos de la clasificación ante dicha, a pesar que ella tendría importancia en el caso siguiente; ¿podría un sujeto celebrar un contrato de transporte en un país en guerra y en seguida liberarse de su cumplimiento en razón de la guerra? Demogue contesta en sentido negativo.

Es menester que el deudor se haya encontrado en la imposibilidad de cumplir, esto es, que las circunstancias hayan puesto un abstráculo insuperable a la ejecución de su obligación.

Se traduce algunas veces esta imposibilidad, en no poder hacer aquello a que el deudor se había comprometido y otras en ejecutar lo que se le había prohibido.

## Caracteres de la imposibilidad

1.º La imposibilidad puede ser absoluta o relativa.

Llámanse imposibilidad absoluta u objetiva aquella en que la prestación pudiendo sólo ser realizada por el deudor, con exclusión de toda otra persona, se ha hecho imposible.

Llámanse imposibilidad relativa o subjetiva aquella en que la prestación hecha imposible con respecto al deudor, puede, sin embargo, ser realizada por otra persona.

Se ha dicho, que la única imposibilidad que libera al deudor de cumplir lo pactado, es la imposibilidad absoluta, y que si la obligación puede realizarse por un tercero, el caso fortuito, de ningún modo, aprovechará al deudor.

Sin embargo, esta afirmación no puede ser hecha en términos tan generales, porque si bien es cierto que hay obligaciones que no requieren una ejecución directa por parte del deudor, hay muchas otras, en cambio, en las que es absolutamente indispensable su intervención y sería de notoria injusticia obligarlo en este caso, a valerse de una tercera persona y hacerle responsable de los sucesos extraordinarios que no pudo prever y que le fué imposible evitar por sí mismo.

Más razonable es sostener que en el caso de imposibilidad absoluta hay fuerza mayor, mientras que en el de imposibilidad relativa la habrá cuando la obligación hubiere sido contraída en relación con las cualidades específicas del deudor; por ejemplo: la obligación de pintar un cuadro, (Demogue, *Des Obligations*, tomo VI pág. 650).

El Código Civil Alemán en sus arts. 275 y 279 no hace diferenciación entre imposibilidad absoluta y relativa, sólo por excepción la hace al tratar de las obligaciones de género.

La Legislación Italiana adopta también el mismo principio general y sólo admite la diferenciación en el caso del art. 61 del Código de Comercio.

Demogue admite la diferenciación para las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto y para las obligaciones de hacer de carácter personalísimo. (Demogue, tomo VII pág. 651).

M. Osti opina, que la única imposibilidad susceptible de liberar al obligado, es la absoluta, en consecuencia, en las

obligaciones de género, el deudor nunca quedará liberado por cuanto la imposibilidad absoluta no existe, en razón, que el género no perece. (Planiol, Rippert et Esmein. tomo II N.º 839).

Por nuestra parte creemos que esta diferenciación que los autores hacen entre la imposibilidad absoluta y la relativa es sencilla de determinar en el terreno objetivo y difícil, en el subjetivo. En efecto, en este último, el tribunal no dispone de otros medios para determinar la calidad de la imposibilidad que las declaraciones del propio obligado que consciente o inconscientemente tratará de exagerar el hecho constitutivo de la imposibilidad.

Por lo demás, es también absolutamente imposible medir la intensidad del fenómeno que se realiza en la conciencia del sujeto.

Radouant, cita un caso ocurrido en Francia en que una afección dental impidió a un autor dramático, entregar en el plazo fijado el manuscrito de una pieza, a un director de teatro, quien debía subirla a escena. El autor invocó la imposibilidad en que se encontraba, por este hecho, para dedicarse a trabajos intelectuales durante más de tres semanas. La Corte de París (7 de Enero de 1910), admitió que era éste un caso de fuerza mayor.

La solución dada, puede haber sido perfectamente justa, agrega Rodouant, en el caso considerado; pero ¿quién nos prueba que la afección dental paralizó toda la actividad del deudor? El informe médico es, sin duda, un antecedente digno de toda consideración, pero nadie puede afirmar que jurídicamente había absoluta imposibilidad de trabajar y no solamente una gran dificultad; porque para ello habría sido necesario conocer la fuerza de resistencia del sujeto, su sensibilidad y, además, circunstancias que son de orden personalísimo.

Otros casos análogos de fuerza mayor declarados por los Tribunales Franceses son: el temor de una epidemia de fiebre tifoidea que hace estragos en la ciudad donde un artista se comprometió a ir para dar representaciones; el temor de un bombardeo de parte de un arrendatario que abandona su departamento sin el aviso previo.

Conviene distinguir, entonces, en qué consiste la imposibilidad absoluta y cual es la diferencia con la simple dificultad.

“Dificultad” es el obstáculo que aumenta las molestias del deudor para dar cumplimiento a su obligación.

Ahora bien, si el hecho extraordinario de que se trata, no coloca al deudor en la imposibilidad material de ejecutar la obligación, sino que sólo le impone mayores dificultades, que las que tuvo en vista al contratar, no podrá alegarla en su defensa, siempre que a su vez se le pruebe que con una voluntad más decidida habiere podido dar cumplimiento a su obligación. (Planiol, tomo II párr. 231).

Los mismo sucederá, si existen muchas maneras de realizar una prestación y una de ellas se hace imposible.

El acontecimiento que se llama caso fortuito, dice Valverde, debe constituir una imposibilidad total para cumplir la obligación, porque si sólo aumenta las dificultades del obligado, aunque fuera en forma superior a la que ambos contratantes hubieran previsto, la gravedad del obstáculo, según la doctrina científica, no puede igualarse a la imposibilidad de ejecución y, por consiguiente, no puede legitimarse la total liberación de la deuda.

Por eso Demogue dice, con todo acierto, que el caso fortuito o fuerza mayor y la imposibilidad de ejecución serían sinónimas y que esta última, implicaría en su relación con los elementos fundamentales del conocimiento; a) imposibilidad de ejecución en el espacio, b) imposibilidad de previsión y de resistencia en el tiempo.

Es necesario dejar constancia, que no se toma en consideración la imposibilidad proveniente de la situación especial del deudor, sino que se considera la de cualquier deudor, colocado en la misma situación de aquél, cuya responsabilidad está en juego.

“Los Tribunales no cierran, pues, los ojos a la realidad, dice Radouant, sino que estiman, que la imposibilidad constitutiva de la fuerza mayor no es la que resulta de la relativa al sujeto de la obligación, sino que existe con relación a cualquier deudor, puesto en su lugar”.

En consecuencia, si no existiera más que a su respecto,

no habría fuerza mayor, porque la fuerza mayor no resulta de la imposibilidad relativa, es decir, personal del deudor X. o Y, sino que supone una imposibilidad absoluta, es decir, general, independiente de la personalidad del sujeto y de sus medios de acción.

Casi todas las decisiones judiciales califican la imposibilidad constitutiva de la fuerza mayor en términos absolutos. Sin embargo, hay ciertas decisiones que prefieren emplear las calificaciones de imposibilidad objetiva y subjetiva y así se dirá que la imposibilidad es objetiva si tiene fundamento en la prestación en sí y subjetiva si es limitada a las personas y a los medios de acción del deudor. Esta distinción responde pues exactamente a la imposibilidad absoluta y relativa''.

En resumen el espíritu de todos los sistemas modernos tiende a considerar solo los elementos de orden objetivo, reduciendo a un *mínimum* los de orden subjetivo, ya que esos son siempre susceptibles de ser tachados de falsos; pero en todo caso la apreciación de ellos, es una materia que queda por entero entregada a lo Tribunales de Justicia, quienes vendrán en último término, de acuerdo con los principios técnicos que la doctrina le suministre a calificar un hecho de caso fortuito o fuerza mayor; y por ser la fuerza mayor un concepto eminente relativo a ellos, también corresponderá determinar el grado de diligencia del deudor, el cual como sabemos, varía según la clase del contrato celebrado por éste. Así por ej. aquel que acepta que se le haga un transporte en carro descubierto no podría exigir del deudor otras obligaciones que las inherentes a este modo de efectuarlo y en consecuencia, deberá aceptar todos sus riesgos. A la inversa si el contrato no especifica el medio de ejecución el deudor quedará obligado a hacerlo por los medios más apropiados. En consecuencia, todo deudor se obliga a aquello que promete en el contrato y solo habrá fuerza mayor en el caso de imposibilidad absoluta para su ejecución. En cambio si el deudor se compromete a realizar la prestación en una forma dada, la sola imposibilidad de realización en este modo establecido en el contrato es fuerza mayor aún cuando la prestación pueda efectuarse en muchas formas diferentes.

En resumen, en esta materia, dice Demogue, deberán los

Tribunales estarse; ante todo y por todo a las cláusulas contractuales.

## 2° Imposibilidad permanente.

Es menester además, que esta imposibilidad sea permanente.

Pongamos por caso un acontecimiento que impida el cumplimiento de una obligación sólo temporalmente, ¿podría dejarse, por este hecho, sin cumplir el compromiso? Por cierto que nó, y solo se retardará su cumplimiento hasta la fecha en que dicho obstáculo desaparezca.

El deudor quedará, solo, completamente libre del vínculo jurídico, si debido a un caso fortuito o evento de fuerza mayor le ha sido enteramente imposible cumplir su obligación (Giorgi T. II párr. 10).

El Código Civil Alemán, dispone sobre este punto, en su art. 237 que el deudor quedará liberado por el caso fortuito solo cuando le sea permanentemente imposible dar cumplimiento a su obligación.

Habrá pues fuerza mayor o caso fortuito cuando nos encontramos ante un obstáculo absoluto a la ejecución de las obligaciones del deudor y será diferente, si solo implica un obstáculo momentáneo. En este último caso, cuando el obstáculo haya cesado, el deudor no podrá sustraerse a la ejecución de su obligación, prevaleiéndose de la fuerza mayor que le impidió ejecutarla, durante cierto tiempo.

## CAPITULO IV

### Efectos del caso fortuito

#### Efectos Generales.

La regla general que rige en esta materia, es que el incumplimiento de una obligación a consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, no impone responsabilidad alguna al deudor, con respecto a su acreedor.

En el Derecho antiguo encontramos análogo principio.

En el Derecho Romano se establecía que, si por caso fortuito perecía la cosa vendida, antes de la entrega, el vendedor quedaba libre y sin embargo el comprador debía pagar el precio.

Encontramos una doctrina semejante en las Leyes de Partida. La ley 22 título 8 partida 5 exoneraba al arrendatario del pago del precio, en caso de pérdida de los frutos por avenidas de ríos, o por lluvias, por granizo o por fuego, etc.

Si el caso fortuito hace imposible el exacto cumplimiento de la obligación, dice Giorgi, ésta queda extinguida o modificada sin ninguna consecuencia dañosa para el deudor (Giorgi, tomo II párr. 10).

Nuestro Código Civil en su art. 1547, consagra este mismo principio cuando dice: "el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constuido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

El art. 9 del Código del Trabajo establece expresamente que el contrato de trabajo termina... 3º por fuerza mayor ó caso fortuito. En otros términos las obligaciones recíprocas de las partes derivadas de un contrato de tra-

bajo terminan por fuerza mayor o caso fortuito. La liberación es completa respecto de ambos contratantes.

Igual cosa ocurre con lo dispuesto en los arts. 681, 1550, 1558, 1927, 2015 y 2230 del Código Civil.

El Código Austriaco, hace variar los efectos del hecho, en razón, creemos, de considerar en forma diferente el caso fortuito de la fuerza mayor. Así por ej. si el arrendatario no ha podido gozar de la cosa a causa de un acontecimiento natural extraordinario como fuego, guerra, inundación, etc., no deberá la renta salvo el caso que se haya hecho expresamente cargo de los riesgos (art. 1106). A la inversa, si el accidente que le ha impedido gozar de la cosa ha sido personal del arrendatario deberá la renta de arrendamiento (art. 1107).

El caso fortuito puede ser total o parcial y en tal caso la liberación es así mismo, total o parcial.

El contrato se destruye para el porvenir, pero nó para el pasado y el acreedor no podría hacer revivir dicho contrato ofreciendo la reconstrucción de la cosa destruída.

El art. 1148 del Código Civil Francés dispone que: "no hay lugar a la indemnización de perjuicios cuando a consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, el deudor se ha visto imposibilitado para dar o hacer lo que estaba obligado".

El Código Civil Español repite idénticos principios en el art. 1105, prescribiendo que: "fuera de los casos expresamente mencionados en la ley y de los que así lo declara la obligación nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos, fueran inevitables".

Ahora bien, si el incumplimiento es solo parcial, el deudor debe ejecutar la obligación en la parte que le es todavía posible cumplir, salvo que la intención de las partes sea que la obligación se cumpla totalmente o no se cumpla.

El Código Alemán establece expresamente, que si la imposibilidad es parcial el acreedor puede exigir o la indemnización por la totalidad, o aceptar la ejecución parcial y la indemnización de perjuicios por el resto.

Tratándose de contratos sinalagmáticos, el art. 323 del mismo Código establece que "si la prestación que corresponde a una de las partes, en virtud de un contrato sinalagmático, se ha hecho imposible, por una circunstancia ajena a la res-

ponsabilidad de esta parte, pierde ella su derecho a la contraprestación. En el caso de imposibilidad parcial, la contraprestación se reduce proporcionalmente, haciéndose los cálculos con relación a la forma del contrato.

En consecuencia en el Derecho Alemán y tratándose de contratos sinalagmáticos la prestación de una de las partes disminuye en la medida que la contraprestación de la otra se hace imposible, operándose esta disminución ipso jure.

El art. 1048 del Código Austriaco de 1811 dispone que el contrato es nulo, si antes de su cumplimiento la cosa queda fuera del comercio o se destruye accidentalmente en su totalidad, o en parte, siempre que en este último caso, la destrucción alcance hasta la mitad de su valor. En consecuencia aquí se equipara la pérdida parcial equivalente a la mitad del valor de la cosa a la destrucción total del mismo.

Si la obligación que se ha hecho imposible por caso fortuito es accesoria, la obligación principal subsiste. Igualmente, si el caso fortuito se ha referido solo a circunstancias accidentales.

Si del caso fortuito no resultare incumplimiento total ni parcial sino un retraso, el efecto del caso fortuito es solo dilatorio.

Es ésta, sin embargo, una cuestión de hecho, que dependerá de los jueces de fondo, quienes deberán analizar la duración probable del acontecimiento y la utilidad que tendría para el acreedor, la ejecución tardía del contrato y principalmente el espíritu de las partes implícito en el mismo. Por ejemplo, si por caso fortuito una cantante se vé en la imposibilidad de actuar, en una función de ópera fijada para un día especial, es lógico suponer que en tal situación el caso fortuito no tiene efectos dilatorios sino que pone término al contrato.

En el caso que el efecto fuese dilatorio, el juez podrá conceder a la parte un plazo de gracia. Es menester dejar constancia, que salvo casos excepcionales, la prestación durante el período de suspensión, no puede ser realizada por un tercero.

La Jurisprudencia Francesa ha establecido uniformemente, a este respecto, que los plazos pueden prolongarse cuando a consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor los hechos que en ellos debían realizarse no pudieron llevarse a efecto.

Así por ej., una prescripción suspenderse, cuando la acción no puede intentarse dentro del plazo pertinente. La suspensión tendrá lugar, aún cuando el acontecimiento constitutivo de caso fortuito hubiera tenido lugar al final del plazo. A la inversa si el caso fortuito tuvo lugar al comienzo del plazo y enseguida desapareció el obstáculo, en forma que el deudor pudo cumplir la prestación a que estaba obligado, no se entiende que existe suspensión al respecto, y que en consecuencia el plazo deba ser prolongado.

El Código Suizo establece en el art. 45 inc. 3º en la ley de Abril de 1908 que, en el caso que el contrato o la ley estipulen un plazo para el ejercicio de un derecho y éste no se ejerza por un impedimento constitutivo de caso fortuito, puede más tarde hacerse uso de él tan pronto como el impedimento desaparezca.

El Código Español libera al deudor de la mora, cuando a consecuencia de un caso fortuito, se ha producido un retardo en el cumplimiento de una obligación.

Igual principio sienta nuestra legislación según se desprende de los arts. 1547, 1558.

Nuestro Código Civil, en el caso de retraso y siempre que la naturaleza del contrato no requiera el cumplimiento de la obligación en un día fijo, restringe el efecto liberatorio del caso fortuito a exonerarlo de los efectos de la mora.

El acreedor conserva sea en el caso de liberación total, parcial o dilatorio el derecho de reclamar las ventajas accesorias, derivadas del caso fortuito, como sería la acción de responsabilidad contra terceros.

Para determinar con claridad y precisión el efecto liberatorio del caso fortuito, debemos distinguir entre las obligaciones de dar, hacer y no hacer.

### I.—Obligaciones de dar.

Estas obligaciones se clasifican a su vez en dos categorías: las de especie o cuerpo cierto y las de género.



### 1.a) Obligaciones de especie o cuerpo cierto.

Son aquellas en que se debe determinadamente una cosa de un género también determinado. La pérdida de la cosa que se debe, en ellas, la sufre el dueño y no el deudor, siguiendo el aforismo de Derecho Romano que dice "res domino suo perit" (las cosas perecen para su dueño).

De ello se desprende, que en un contrato de venta por ej., si el caso fortuito desaparece la obligación de entregar no puede compelerse al deudor a devolver el precio ya recibido.

"El riesgo del cuerpo cierto, cuya entrega se debe, es siempre de cargo del acreedor" dispone el art. 1550 de nuestro Código Civil. Se supone de acuerdo con esta disposición, que el acreedor es dueño de la cosa, aún cuando ésta se halle en poder del deudor, el cual no tiene para este efecto más que la mera custodia. En consecuencia, si la cosa se pierde sin haber mediado actos a él imputables, queda el deudor liberado.

La disposición del art. 1550 del Código Civil, tiene su origen en el Derecho Francés, en el cual el contrato implica transferencia de dominio.

En nuestro Derecho, concordante con las demás disposiciones del Código Civil, esta disposición es ilógica por cuanto la adquisición de dominio, es entre nosotros, la resultante de un título y un modo de adquirir.

De ello resulta, que tratándose por ej., de bienes raíces, el cuerpo cierto cuya entrega se deba, permanece en el patrimonio del deudor y será la tradición, la que trasladará éste al patrimonio del acreedor. En consecuencia, de acuerdo con el artículo antes citado, el riesgo del cuerpo cierto, tratándose de bienes raíces no es para su dueño.

Por lo expuesto, se deduce la injusticia que tal principio importa, por lo cual sería necesario suprimir de nuestra legislación civil, tal disposición.

El Código Civil Francés, dice al respecto "cuando el cuerpo cierto y determinado que constituía el objeto de la obligación perece, o queda fuera del comercio, o se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia, la obligación se extingue si la cosa ha perecido o se ha perdido sin culpa del deudor" (art. 1302 C. C., Francés).

El C. C. Italiano en su art. 1298, el Brasileño en sus artículos 1058 y 957 y el Argentino en su art. 547, sientan idénticos principios.

El Código Austriaco de 1811, reglamenta la pérdida de la cosa debida, en especial y la imposibilidad de ejecución, en general, en el art. 1447 que dice: "la pérdida total y fortuita de una cosa anula toda obligación aún hasta el cargo de pagar el precio. "La misma regla se aplica en el caso que el cumplimiento de una obligación o el pago de una deuda se haga imposible por algún accidente, el deudor debe, en todo caso, restituir lo que ha recibido para el efecto de cumplir la obligación o restituirá su valor como un poseedor de buena fé, en forma que él no saque ningún provecho del perjuicio ajeno".

Esta disposición consignada en el Código Austriaco, envuelve un principio de evidente equidad, que pugna, con el principio injusto establecido en nuestro Código en el art. 1550.

El Código Suizo de las Obligaciones; dispone igualmente que, "en los contratos bilaterales el deudor liberado es obligado a restituir, según las reglas del enriquecimiento ilícito, lo que él ha recibido y no puede reclamar lo que se le debe, salvo en los casos cuando los riesgos, en virtud de una cláusula contractual, son de cargo del acreedor, quien no tiene en este caso más que su acción contra los terceros, por cuyo hecho se hizo imposible la obligación".

Las obligaciones de especie o cuerpo cierto se dividen a su vez en: obligaciones de un solo objeto y de objeto múltiple.

A las de un solo objeto son aplicables los principios generales a que hemos hecho referencia.

Nos referiremos entonces a las obligaciones de objeto múltiple que se pueden clasificar en:

- a) Obligaciones de simple objeto múltiple.
- b) Obligaciones alternativas y
- c) Obligaciones facultativas; para determinar los efectos jurídicos, que el caso fortuito o fuerza mayor, produce en cada una de ellas.

Son obligaciones de simple objeto múltiple, aquellas en que se debe varias cosas a la vez.

Obligaciones alternativas son aquellas en que se debe una

de dos o más cosas, de modo que el deudor prestando una de ellas, queda libre de prestar las otras.

En estas obligaciones, si nada se ha estipulado, la elección de la cosa queda al arbitrio del deudor.

**Obligaciones facultativas** son aquellas en que se debe una sola cosa, pero se deja al deudor la facultad de entregar otra cosa designada de antemano y que no es precisamente la debida, quedando liberado con esto de entregar la primera. No se trata aquí que se deban dos cosas sino que la primera es la debida y es la única que el acreedor puede exigir, siendo la segunda, la que queda al arbitrio del deudor entregarla en vez de la primera que es objeto de la obligación.

Las obligaciones de simple objeto múltiple, se extinguen con la destrucción de todos los objetos debidos.

Las alternativas, se extinguen por la destrucción de todos los objetos que se deben alternativamente, art. 1504 C. C.

Las obligaciones facultativas se extinguen por la destrucción de la cosa debida únicamente y no por la destrucción de la cosa que facultativamente puede entregar el deudor: art. 1505 C. C.

## 2.a) Obligaciones de género.

Las obligaciones de género son aquellas, en que se debe indeterminadamente una o más cosas de un género o clase determinada. Tratándose de estas obligaciones, si alguna o algunas de las cosas del género perecen fortuitamente y siempre que reste alguna, el deudor debe cumplir la obligación contraída "la pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación" art. 1510 C. C.

## II.—Obligaciones de hacer

En ellas la imposibilidad de ejecución a consecuencia de un caso fortuito libera por completo de responsabilidad al deudor, pero deberá devolver lo que ha recibido a cambio de la prestación.

El Código Argentino establece que si el hecho debido se hace imposible sin culpa del deudor, la obligación se extingue

para las dos partes y el deudor debe devolver al acreedor, lo que aquel ha recibido en razón de ésta (Art. 661). Igual principio se encuentra, en las obligaciones de no hacer.

En resumen, los efectos y la noción misma del caso fortuito dependen de la naturaleza misma de la obligación, junto con la voluntad de las partes implícita en el contrato.

El Derecho Inglés, no admite la excepción derivada del caso fortuito y en consecuencia, si la ejecución de una obligación se hace imposible por caso fortuito, el acreedor puede exigir el cumplimiento forzado de la misma y dada la imposibilidad existente, la obligación principal se transformará en una obligación pecuniaria.

Para los tratadistas ingleses el caracter rígido del contrato" hace que no debe prometerse lo que más tarde no puede ejecutarse y en consecuencia, si una parte se compromete a una prestación hecha más tarde imposible es por su culpa" (Demogue T. VI pág. 768).

Es tanta la estrictez en esta materia, que el deudor no queda excusado ni aún por el act of god. Sin embargo existen excepciones a este principio, en favor del deudor, por acontecimiento naturales como el hecho de guerra. Cabe advertir, que la declaración de guerra, constituye en general, una imposibilidad de cumplimiento que libera al deudor de responsabilidad. Finalmente y en estos últimos tiempos se ha admitido por una especie de interpretación tácita del contrato, que si la ejecución depende de un hecho personalísimo del deudor, el cual se encuentra en la absoluta imposibilidad de ejecutarlo, queda liberado.

### **Efectos especiales del caso fortuito**

El caso fortuito o fuerza mayor puede, en algunos casos, obligar al deudor a ejecutar otras obligaciones, no previstas ni convenidas en el contrato. En tal caso, él ejercería una especie de agencia oficiosa y por consiguiente, de acuerdo con las reglas del cuasi contrato mencionado, debería éste ejecutarlas dentro de los medios más económicos posible. A la inversa, podría el deudor exigir, una remuneración por el trabajo suplementario realizado, puesto que la fuerza mayor no puede

ser fuente de enriquecimiento injusto. Así por ej. si existe peligro inmediato que se propague el fuego hacia un garage, el encargado de guardar los automóviles y demás accesorios, deberá trasportarlos a un lugar más seguro y el acreedor deberá indemnizarle los gastos.

Puede así mismo el caso fortuito, alterar la ejecución de un contrato, hecho imposible de realizar en la forma convenida.

A este respecto, Demogue cita el caso de un actor contratado para dar una función, se enferma y es reemplazado por otro; en tal caso el empresario no será responsable ante el público, salvo si el precio de las localidades hubiere sido mayor, por el hecho de actuar ese determinado actor.

Finalmente puede también el caso fortuito extinguir parcialmente un contrato; tal sucede en los contratos de tracto sucesivo, que son aquellos, en los cuales la prestación se cumple periódicamente. Si por caso fortuito se impide el cumplimiento de la obligación en algunos períodos, la liberación no se produce con respecto al resto.

### **Efectos del caso fortuito producido por el hecho de un tercero**

Cuando el autor del hecho constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor fuere un tercero extraño al deudor, extraño en el sentido dado en el primer capítulo de este trabajo, la ley concede al creador el derecho de exigir al deudor la cesión de las acciones que tuviere contra dicho tercero.

Tal tesis, reconocida universalmente por las legislaciones se ajusta a los principios de equidad, por cuanto no sería justo eximir, por una parte, al deudor, del cumplimiento de la obligación y por la otra, otorgarle derecho para reclamar los perjuicios al tercero, por cuyo hecho obtuvo su liberación.

Cabe advertir que en este hecho del tercero, no debe existir intervención, por parte del deudor, porque si éste ha provocado el hecho del tercero, éste le es imputable. En consecuencia si el hecho del tercero fué previsto, o pudo ser conjurado por el deudor no hay caso fortuito o fuerza mayor.

El Código Alemán en su art. 280 consigna el principio que aquí enunciámos.

El art. 1299 del Código Civil Italiano impone al deudor la obligación de ceder al acreedor, todo el beneficio que le hubiere reportado la pérdida de la cosa debida, por caso fortuito.

Nuestro Código en el art. 1590 en su inciso final dispone que "si el deterioro ha sobrevenido antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre, pero el acreedor podrá exigir que se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero, autor del daño" y el art. 1667 agrega: "aunque por haber perecido la cosa se extingue la obligación del deudor, podrá exigir el acreedor que se le ceda los derechos o acciones que tenga el deudor contra aquellos, por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa".

### **Estudio especial de las excepciones al principio de la irresponsabilidad derivada del caso fortuito.**

El efecto liberatorio del caso fortuito o fuerza mayor, está sujeto a importantes excepciones que provienen o de la ley, o de la voluntad de las partes.

#### **I.—Responsabilidad del caso fortuito derivada de la ley.**

La ley impone la responsabilidad del caso fortuito, cuando en el incumplimiento de una obligación interviene el dolo, la culpa o la mora (art. 1547).

##### **1.—Del dolo.**

Si el acontecimiento extraordinario, es decir, el caso fortuito o fuerza mayor, que impidió el cumplimiento de la obligación, se ha producido por actos dolosos, esto es, por actos que van encaminados directamente a causar un perjuicio, cesa inmediatamente la exención de responsabilidad establecida por la ley, lo cual no hace sino confirmar los principios teóricos ya enunciados.

Igualmente, como sanción al dolo anterior al hecho fortuito, responde también el deudor en las obligaciones delictuales, de la pérdida fortuita de la cosa robada o hurtada.

En este caso, en nuestra legislación no se le permite al deudor alegar que pereció la cosa por caso fortuito, aún cuando éste sea de aquellos que hubieren producido la destrucción o pérdida de ellas si se hubiere encontrado en poder del acreedor (art. 1676 C. C.) Esto es muy justo, porque nadie puede aprovecharse de su propio dolo.

El ladrón no puede alegar caso fortuito porque su responsabilidad es anterior a dicho caso, ya que el ladrón se hace culpable desde que comete el delito de robo o hurto.

Igual doctrina contiene el Código Francés, quien establece que aún cuando perezca fortuitamente la cosa robada, siempre se responde de ella.

Este mismo principio lo encontramos en el Código Italiano; no así en el Alemán que dice que si la cosa robada perece por caso fortuito, o se hubiere deteriorado casualmente, o no se pudiese restituir por cualquiera otra causa, y este deterioro, imposibilidad de restitución o pérdida fortuita hubiere ocurrido del mismo modo sin la sustracción, dejará exento de responsabilidad al que la robó o sustrajo.

## 2.—De la culpa.

Respecto a la culpa, será responsable el deudor cuando el suceso o acontecimiento haya sido precedido, acompañado o seguido de culpa. Nuestro Código Civil sienta esta regla en los siguientes artículos:

a) En el inciso 2º del art. 1547 establece que: "el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor) o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

b) El art. 1590 dice que "si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle, a menos que se haya deteriorado y que los deterioros proven-

gan del hecho o culpa del deudor o de las personas por quienes éste es responsable.

c) El art. 1672 dispone que "si el cuerpo cierto **perece por culpa** o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor.

d) El art. 1550 que dice: "el riesgo del cuerpo cierto, cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas.

e) El art. 2178, que no hace responsable al comodatario del caso fortuito, a menos que haya empleado la cosa en un uso indebido o ha demorado su restitución, a menos de aparecer o probarse que el deterioro o pérdida por el caso fortuito habría sobrevenido igualmente sin el uso ilegítimo o la mora; o cuando el caso fortuito ha sobrevenido por culpa suya aunque levísima; o cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya ha preferido deliberadamente la suya.

Ello es fácilmente explicable, ya que es condición esencial del caso fortuito, el que tenga una causa extraña, no imputable al deudor. En este sentido la jurisprudencia chilena se muestra rigurosa. Toda intervención de parte del deudor, aunque sea indirecta, excluye la fuerza mayor.

La noción de culpa en esta materia, es pues, extremadamente amplia, y así hay responsabilidad del deudor, y en consecuencia, ausencia de fuerza mayor, cuando su acción tiene por efecto provocar directamente el acontecimiento, o cuando, sin haberlo provocado lo ha hecho posible, o en fin, cuando el acontecimiento se hubiera realizado fatalmente, en todas circunstancias, pero no habría revestido un carácter tan marcado de gravedad como con la intervención del deudor.

Por lo demás, no basta al deudor para eximirse de responsabilidad no haber provocado o haber facilitado el acontecimiento, sino que es necesario, que haya hecho todo lo que estaba de su parte para evitarlo. Si no ha empleado todos sus esfuerzos para conjurarlo, existe culpa y por consiguiente no hay fuerza mayor, porque ésta exige, que el acontecimiento sea de tal naturaleza que su realización sea inevitable o irre-

sistible. Este es el sentido de la definición de Vinnius: "Nec cui previso potest resisti".

Por esta razón, el art. 1809 del Código Civil Italiano y el art. 1881 del Código Civil Napoleónico, dispone que el comodatario que hizo de la cosa un uso diverso de aquel, que se le autorizaba en el contrato, responderá del deterioro de ella, aún cuando éste provenga de caso fortuito.

Igualmente, disponen los arts. 1180 y 1193 respectivamente, de los códigos ya citados, que el deudor de dos cosas que está obligado a entregar alternativamente, a su elección, si destruye una de ellas culpablemente, deberá entregar el precio de la otra si perece, aún cuando perezca por caso fortuito.

Nuestro Código en el art. 1502, tratando de las obligaciones alternativas establece que, si la elección es del acreedor y alguna de las cosas que alternativamente se le deben perece por culpa del deudor, podrá el acreedor, a su arbitrio, pedir el precio de esta cosa y la indemnización de perjuicios, o cualquiera de las cosas restantes.

Y el art. 1504 dice, en su inciso 2º, que si perecen todas las cosas comprendidas en la obligación alternativa con culpa del deudor, estará éste obligado al precio de cualquiera de las cosas que elija, cuando la elección es suya; o al precio de cualquiera de las cosas que el acreedor elije, cuando es del acreedor la elección.

Finalmente, dada la presunción de culpa, existente, respecto de un deudor que se compromete a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas, el art. 1550 pone el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba a cargo del deudor.

El deudor, pues, jamás quedará liberado de su responsabilidad cuando el caso fortuito o fuerza mayor sobreviene por su culpa.

### 3.—De la mora.

El deudor responderá también del caso fortuito, siempre que hubiere incurrido en mora, dado que el concepto de mora lleva implícita la noción de culpa, salvo que el deudor probare que el acontecimiento hubiera ocurrido igualmente estando

la cosa en poder del acreedor, todo esto de acuerdo con los arts. 1547, 1590 y 1672 del Código Civil, y esto por una razón lógica ya que el acreedor nada ha perdido por el hecho del deudor.

Son elementos constitutivos de la mora los siguientes:

- a) el retardo
- b) este retardo debe ser culpable.
- c) que en algunos casos haya interpelación o requerimiento por parte del acreedor.

El retardo es elemento principal de la mora.

Este retardo debe ser culpable. Es menester que el deudor haya obrado con culpa o dolosamente. Si no es aceptable el incumplimiento derivado de la culpa del deudor, con mucha mayor razón no se aceptará el incumplimiento que proviene del dolo.

Ahora, si el retardo se debe a fuerza mayor o caso fortuito, no hay mora, pues el deudor no responde del caso fortuito.

Sabemos que es estrictamente necesario, para poder constituir al deudor en mora, que el retardo en el cumplimiento de su obligación provenga de culpa o dolo, es decir, que dependa de hechos voluntarios, que puedan serle imputable.

Deducimos de aquí, que si el deudor no ha cumplido su obligación por causas independientes de su voluntad, es decir si el retardo es debido a caso fortuito o fuerza mayor, no hay mora.

Sin embargo, sostienen algunos que cualquier retardo es suficiente para constituir al deudor en mora, aún cuando ella provenga de caso fortuito o fuerza mayor, y sostienen esta tesis, basándose en el inciso 2º del art. 1558 que prescribe: "la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no dá lugar a indemnización de perjuicios".

Sostienen pues, que no es necesario el elemento de culpabilidad para constituir al deudor en mora.

Para ellos, es mora todo retardo, siempre que haya habido interpelación, por parte del acreedor, sea cual fuere la causa que lo produzca y sin que sea necesario precisar si este atraso en el cumplimiento de la obligación, es consecuencia de una causa dependiente o independiente de la voluntad del deudor,

y por lo tanto hay mora, cuando ésta proviene de un caso fortuito o fuerza mayor.

Afirman además, que la única diferencia que existe entre esta mora producida por fuerza mayor y aquella ocasionada por culpa del deudor es, que esta última, dá lugar a la indemnización de perjuicios, mientras que aquella niega al acreedor ese derecho. Afirman que siempre es mora y produce los mismos efectos, exepcto, aquellos relacionados con la indemnización de perjuicios.

Esta interpretación errónea, ha sido consecuencia de la mala redacción de aquella disposición, pero interpretando conjuntamente todas las disposiciones legales, relativas a la materia, nos daremos cuenta que no existe mora, cuando el retardo es debido a fuerza mayor o caso fortuito.

Por lo tanto, será indispensable que el retraso sea imputable al deudor, o sea que provenga de un hecho o culpa suya, para poderlo constituir en mora.

Es, pues, de la esencia de la mora, que el retardo sea culpable. Pretender que un deudor esté en mora, no habiendo podido cumplir su obligación por razones enteramente extrañas es un absurdo.

Y las razones son evidentes:

1.—Porque el principio general contenido en el art. 1547, que exime al deudor de toda responsabilidad proveniente del caso fortuito, no aparece claramente derogado por el inciso 2º del art. 1558.

2.—Porque resulta ilógico que el Código Civil a virtud de un caso fortuito exonere al deudor del cumplimiento de la obligación y no lo exonere de los efectos de la mora.

3.—Porque sentada la hipótesis que el caso fortuito diea lugar a la mora, el art. 1558 en su inciso 2º exime al deudor, del efecto principal de ella, que es la indemnización de perjuicios.

4.—Porque el art. 681 que contiene un caso legal de fuerza mayor, cual es, el decreto judicial, libera al deudor de la obligación de hacer la tradición de la cosa. Sería absurdo entonces que el legislador después de establecer la disposición anterior condenara al deudor, en otra, a los efectos de la mora.

El art. 681 dice: "Se puede pedir la tradición de todo

aquello que se deba, desde que no haya plazo pendiente para su pago, salvo que intervenga decreto, judicial, en contrario”.

5.—Porque los arts. 1826, inciso 2º, y 1926 inciso 1º y 2º, en los casos particulares a que se refieren, hacen efectiva la responsabilidad del deudor proveniente de su hecho o culpa, y nada dice con respecto al caso fortuito.

6.—Finalmente, porque el Código de Comercio, para constituir por caso fortuito, en mora, a los socios de una sociedad necesitó consignarlo expresamente en el art. 379, al decir: “el retardo en la entrega del aporte, sea cual fuere la causa que lo produzca, autoriza a los asociados para excluir de la sociedad al socio moroso, o proceder ejecutivamente contra su persona y bienes para compelerlo al cumplimiento de su obligación”.

En uno y otro caso el socio moroso responderá de los daños y perjuicios que la tardanza ocasionare a la sociedad.

En consecuencia, solo hay mora cuando el atraso en el cumplimiento, proviene de culpa o dolo del deudor.

## **II.—Responsabilidad del caso fortuito o fuerza mayor originada por la voluntad de las partes.**

Es regla general en Derecho, que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes. En consecuencia cuando el deudor en el contrato hubiere tomado a su cargo el caso fortuito, no podrá oponerle más tarde con el objeto de librarse de las responsabilidades originadas por su incumplimiento.

Si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, dice el art. 1673 de nuestro Código, o de alguno en particular, se observará lo pactado.

Y el art. 1547 que trata de la responsabilidad del deudor, en las obligaciones contractuales, establece en su inciso final “todo lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”.

Y el artículo 2178 en su inciso final, hace responsable, al comodatario del caso fortuito, cuando expresamente se ha hecho responsable de él.

Igual disposición contiene el Código Civil Francés en su artículo 1302.

El artículo 547 del Código Civil Argentino dice: “el deudor no será responsable, respecto de su acreedor, de los daños o perjuicios ocasionados por incumplimiento de la obligación, siempre que dicho incumplimiento provenga de caso fortuito o fuerza mayor, salvo en el caso de haber el deudor, tomado a su cargo las consecuencias derivadas del caso fortuito”.

Sin lugar a dudas, la validez de esta cláusula que impone los riesgos al deudor no puede discutirse. Es perfectamente lícita y no tiene nada contrario al orden público; vendría a ser una especie de contrato de seguro, reconocido por todas las legislaciones, convirtiéndose, en tal caso, el deudor, en asegurador del acreedor, contra los riesgos a que está expuesto el crédito de este último.

Cabe advertir, que el acreedor puede constituir con respecto a un tercero, un seguro sobre la cosa debida, contra el peligro del caso fortuito y aún de la culpa del obligado. En tal caso el asegurado no podrá más tarde exigir indemnización del asegurador y del obligado, porque el resarcimiento, no puede ser, por su naturaleza misma, fuente de lucro sino reintegro; pero una vez pagado el seguro, puede el asegurador dirigir su acción contra el obligado en culpa como subrogado convencional o legalmente en los derechos del acreedor asegurado. (Chironi, Culpa Contractual pág. 774 N.º 31).

El seguro puede también constituirse por el mismo deudor obligado, en razón del caso fortuito o de la propia culpa y en tal caso cabría preguntarse, si el acreedor puede entablar acción contra el asegurador, por la indemnización debida al deudor.

Chironi opina, que el acreedor tiene derecho a obtener la cesión del seguro, en razón de la relación de causalidad que existe entre la deuda del asegurador y el pago de la prima y en consecuencia, entre el caso fortuito y el pago del seguro, con la salvedad, que si el caso fortuito se produce por el hecho de un tercero, extraño al deudor, que paga los perjuicios por él irrogados al acreedor, este último, no podría subrogarse en los derechos del deudor al seguro, puesto que ello significaría un

lucro injusto. El seguro, en tal caso, pasará al patrimonio del deudor para compensar el goce frustrado de la cosa.

El Derecho Francés e Italiano, en cuanto a la forma en que debe hacerse el pacto, no exige expresiones rigurosas, basta solo expresiones equivalentes.

En algunos casos, esta cláusula de que el deudor responde de los casos fortuitos o fuerza mayor, se presume. Tal cosa ocurre por ejemplo en el artículo 1825 del Código Civil Francés, el cual trata de la aparcería de ganados que se entregan al colono.

Igual sucede con el artículo 1883 del mismo Código, relativo al comodato.

El art. 1811 del Código Civil Francés, y el art. 1671 del Código Italiano, prohíben al aparcerero que se haga responsable de la pérdida total del ganado, cuando esta pérdida provenga de causas que no le son imputables, es decir provenga de caso fortuito o fuerza mayor.

En estos mismos Códigos se encuentra también limitados los efectos de esta cláusula en los casos de arrendamientos de fincas rústicas (artículos 1772 y 1773 C. C.)

Nuestro Código Civil no establece limitaciones al respecto; art. 1673.

¿Cuál deberá ser, por otra parte, la interpretación de este pacto en caso de duda?

Debemos distinguir el caso de duda sobre la existencia misma del pacto, y aquella referente a la extensión de dicho pacto.

Si la duda nace sobre su existencia misma, dice Giorgi, (Teoría de las Obligaciones, T. II párr. II) nos decidiremos por la exclusión de dicho pacto, mientras no haya prueba en contrario ya que dicho pacto tiene razonable y legalmente una presunción en contrario”

Ahora, si la duda proviene de la extensión de dicho pacto, debe restringirse todo lo posible, y en especial, debe entenderse que la cláusula se refiere solamente a los casos fortuitos ordinarios y no a aquellos extraordinarios, dice Giorgi.

Esta regla de restricción a los casos fortuitos ordinarios, el Código Civil Francés y el Italiano, solo la aplican al con-

trato de arrendamiento, pero, a juicio de Giorgi, deberá extenderse también a obligaciones diversas de aquellas derivadas del arrendamiento, según la máxima de que "todo debe interpretarse contra el estipulante y a favor del que promete".

Tenemos pues, que por medio de un pacto, puede el deudor responder de aquellos daños y perjuicios derivados de un suceso o acontecimiento fortuito.

Hemos dicho ya, que en caso de duda, debe entenderse que este pacto se refiere solamente a aquellos casos fortuitos ordinarios, y que en caso de sobrevenir acontecimientos extraordinarios, imposible de prever en el momento de celebrarse el contrato, el deudor sería irresponsable del perjuicio ocasionado, puesto que nadie estará obligado sino a aquello que quiso obligarse, y al probarse por el deudor, que ni siquiera imaginó que pudieran ocurrir tan inesperados acontecimientos, se decidirá lógicamente, que tampoco quiso ampliar el riesgo, a esta clase de sucesos.

Pero, en contradicción a lo que hemos dicho más arriba, hay algunos autores que afirman, que al renunciarse en términos generales el riesgo procedente del caso fortuito, se renuncia en realidad a todo riesgo, porque en esta denominación de caso fortuito o fuerza mayor están comprendidos no solo los sucesos ordinarios sino que además los extraordinarios y con mucha mayor razón que los primeros, pues mientras más raro se presenta un hecho, mejor calificado estará dentro de lo fortuito; más lógico sería sostener entonces, que en esta renuncia genérica va envuelta toda previsión y que el deudor al hacerla, quiso, pues, tomar a su cargo todos los acontecimientos sin distinción, ya sean ordinarios o extraordinarios.

A este respecto el art. 1620 del Código Civil Italiano prescribe que el arrendatario puede, mediante condiciones expresas obligarse a responder de los perjuicios ocasionados por el caso fortuito, pero limita esta responsabilidad solamente a los casos fortuitos ordinarios, como el granizo, las heladas, el rayo, excluyendo aquellos sucesos extraordinarios, como las devastaciones de la guerra, la inundación, etc., salvo que por convención, el arrendatario se haya obligado a todo caso fortuito ya sea previsto o imprevisto.

Chironi opina, en lo relativo a esta distinción, entre

acontecimientos ordinarios y extraordinarios y especialmente en lo relativo a comprender en el caso fortuito solo los extraordinarios, que no es posible admitir con toda su rigidez este principio, que si en cierto modo responde al caracter de lo imprevisible, restringe en cambio, fuertemente el concepto general de lo inevitable, con grave peligro de posibles injusticias (Chironi, pág. 766 N.º 312).

El Código Civil Francés, también hace esta distinción de caso fortuito ordinario y extraordinario, al tratar del arrendamiento de fincas rústicas, y dice que siempre que se pacte que el arrendatario deba responder de los casos fortuitos que sobrevengan, se entenderá que dicha convención se refiere, solamente, a los casos fortuitos ordinarios y no a los extraordinarios. Nuestro Código habla de caso fortuito extraordinarios al decir que el colono aparcerero no tendrá derecho a pedir rebaja de precio o renta, alegando casos fortuitos extraordinarios que han deteriorado o destruído la cosecha, art. 1093).

¿Qué casos podríamos calificar como ordinarios y cuáles como extraordinarios?

Para ello habría, indudablemente, que atender a si estos acontecimientos tienen lugar con cierta frecuencia, o si, por el contrario, rara vez se producen.

En el primer caso tendríamos los sucesos o acontecimientos fortuitos ordinarios; en el segundo los extraordinarios. Estos últimos, son casi siempre imposible de prever, mientras que los casos fortuitos ordinarios, positivamente se ignora cuando se producirán pero, se sabe a ciencia cierta que en cierta época han de tener lugar.

Algunos autores, han citado como sucesos o acontecimientos ordinarios el granizo, la escarcha, el rayo, etc.; y entre los extraordinarios el hecho del príncipe, la guerra, el bloqueo, las inundaciones. (Laurent, T. XVI, N.º 259, 267).

Pero, es difícil que pueda sentarse una regla general al respecto, pues mientras algunos de estos acontecimientos pueden ser ordinarios en algunas circunstancias, podrían a la inversa, calificarse de extraordinarios en otras.

En nuestro Derecho, la convención para asumir los riesgos debe ser expresa, según se desprende del art. 1547 C. C. que dice en su inciso final "Todo lo cual sin embargo se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes y de las estipulaciones expresas de las partes".

## CAPITULO V

### Teoría de la imprevisión

Una materia que dice relación con el caso fortuito y que sin embargo no puede asimilarse a éste, en cuanto a sus caracteres esenciales, es la conocida con el nombre de teoría de la imprevisión.

Veremos en primer término las diferencias que existen entre ellos, para no dar margen a confusión en los distintos casos que puedan presentarse.

En primer lugar tenemos que para que exista fuerza mayor es indispensable la imposibilidad absoluta de cumplimiento, respecto a la obligación contraída.

En cambio en la imprevisión basta que esta imposibilidad sea relativa, que se trate de hechos que sin hacer imposible en absoluto el cumplimiento de la obligación, la dificulten considerablemente, la hagan excesivamente onerosa.

Con respecto a los caracteres de imprevisibilidad y de no imputabilidad al deudor, exigidos en el caso fortuito, son también indispensables en la imprevisión.

Ambas nociones se diferencian además en sus efectos. Tratándose de fuerza mayor la no ejecución de la obligación trae consigo la irresponsabilidad del deudor; se le exonera de indemnizar los perjuicios al acreedor, en otros términos, la obligación se extingue.

En cambio, en la imprevisión solo se atenúa el rigor de los efectos de la obligación.

La Teoría de la Imprevisión, en el Derecho Civil podría plantearse en la siguiente forma: los Tribunales de Justicia pueden alterar las cláusulas contractuales, basándose en que el tiempo y circunstancias imprevistas, en el momento de celebrar el contrato, lo han hecho a éste, excesivamente oneroso.

Esta alteración puede traducirse, sea en modificaciones de las cláusulas primitivas, sea en la suspensión de los efectos de ellas.

La teoría de la imprevisión exige cambios profundos experimentados en la naturaleza y finalidades primitivas del contrato, porque en toda convención, es necesario considerar las alteraciones provenientes de situaciones normales, y que hacen que el carácter de una prestación no pueda ser uniforme a travez del tiempo.

Ella, dice pues, relación con circunstancias anormales, imposibles de prever, en el momento de su celebración. No se refiere a los riesgos ordinarios, sino a las modificaciones esenciales, que frutos del azar pueden, en el momento de su cumplimiento, alterar esencialmente la razón de ser de las cláusulas primitivas.

Este principio que no fué admitido por el Derecho Romano, fué consignado más tarde por el Derecho Canónico. Los Canonistas condenaban todo enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, por ser contrarios a la moral cristiana.

Fué introducido en la legislación Alemana e Italiana en el siglo 18, pero en seguida abandonado.

Actualmente su establecimiento es solo jurisprudencial. La Jurisprudencia Francesa ha hecho aplicaciones de la teoría de la imprevisión en los contratos celebrados por la Administración Pública. Sus fundamentos fueron más sociales que jurídicos. Así, se dijo que, si de aplicarse estrictamente las cláusulas contractuales, un servicio público fuere suspendido por ruina del que contrata con la Administración, deberán los Tribunales modificar las cláusulas primitivas, en forma que tal efecto no se produzca.

La Jurisprudencia Inglesa, a pesar de la rigidez de sus principios, ha dado lugar también, en cierto modo, a la Teoría de la Imprevisión. Así en 1903, con motivo de la coronación frustrada de Eduardo VII declaró que no se debían las rentas de los balcones arrendados para presenciar el cortejo porque el fin del contrato había desaparecido. Sin embargo no había obligación de devolver las sumas ya pagadas.

A raíz de la guerra se ha hecho nueva aplicación de estos principios.

En Italia, un decreto de 21 de Mayo de 1915, dictado durante la Gran Guerra, asimiló la fuerza mayor o caso fortuito a la modalidad de haberse hecho la prestación muy onerosa, con lo cual no hizo sino establecer en la Legislación Italiana la Teoría de la Imprevisión. En general la Jurisprudencia Italiana pese a todas las discusiones habidas al respecto, admite la cláusula "Sic rebus stantibus" en el silencio de los textos.

Todos los autores en términos más o menos análogos, establecen el problema de la imprevisión.

M. Roubier afirma que siendo el interés público el fin del contrato, si la cuestión de hecho cambia, el contrato también debe cambiar (*Influence des changements de circonstances aux les contrats de droit public.*—Th. Lyon 1914 pág. 86).

Lo mismo afirma Campion (*Campion: La Théorie de l'abus des droits N.º 225*).

Según ya hemos visto, debe admitirse como principio general, que no hay caso fortuito o fuerza mayor cuando la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa, es decir siempre que no exista una imposibilidad absoluta de cumplir la obligación contraída.

Si la ejecución se hace más difícil, dice Demogue, el juez puede conceder al deudor un plazo de gracia. Y agrega, "Así como el juez puede acordar términos de gracia ¿no podrá acordar temporalmente atenuaciones de gracia?" (*Demogue ob. cit. N.º 632*).

Según Serbesco, es esencial, que el acontecimiento sea de tal importancia, que si las partes lo hubieran tenido en cuenta, no habrían contratado. (*Serbesco N.º 17*).

Para Bonnacase, el acontecimiento debe ocasionar una situación particularmente onerosa para el deudor o extraordinariamente desfavorable para el acreedor (*Bonnacase N.º 292*).

Planiol Ripert et Esmein, (pág. 555 N.º 397) dicen que de admitirse la Teoría de la Imprevisión, deberá restringirse exigiendo ciertas condiciones para la implantación de la tesis.

La primera dice relación con el carácter de la prestación, exigiendo que se trate de prestaciones futuras. No considera la división de los contratos en onerosos y gratuitos salvo que se trate de contratos especialmente especulativos como los de bolsa.

En segundo lugar, es preciso que el azar haya modificado en tal forma el contrato, que él signifique una carga notoria para el deudor, o como dice Planiol, que el valor de las prestaciones o servicios hayan sufrido modificaciones que sobrepasen en mucho las previsiones, que pudieron ser razonablemente hechas por una persona.

Un autor que ha encuadrado la teoría de Imprevisión dentro de límites perfectamente jurídicos ha sido Serbesco, quien encuentra el fundamento de la teoría de la imprevisión en la noción clásica del consentimiento; en efecto si el contrato tiene fuerza de ley para las partes contratantes es simplemente por el acuerdo unánime de ellas y por lo tanto dicho acuerdo tiene sus límites precisos y su alcance también perfectamente determinado. De ello se deduce que, ninguno de los contratantes puede ser obligado "a hacer más de lo que las partes han acordado en común en la formación del consentimiento o que la ley supone que ellas han querido o las obliga a querer en el caso de prescripciones de orden público". (Serbesco. Efectos de la guerra sobre la ejecución de los contratos. Rev. Trim. de D. Civ. 1917 pág. 356).

Aplicaciones de esta noción, encontramos en todas las legislaciones y así un consentimiento viciado por error, dolo o violencia no tienen fuerza obligatoria, en razón de no ser el trasunto exacto de lo que las partes convinieron. En la misma forma si las partes ni siquiera concibieron, ni mucho menos, acordaron una desproporción enorme en las obligaciones recíprocas de las partes puede sostenerse con justa razón, que si en el momento de la ejecución esa desproporción se presenta, tampoco podrá tener fuerza obligatoria un contrato cuyos resultados no tienen por fundamento el acuerdo ni siquiera presunto de las partes. En consecuencia, tendríamos aquí la imprevisión encuadrada dentro de los moldes clásicos de la formación del consentimiento.

"Si se examina, dice Serbesco, cada una de las expresio-

nes de la voluntad que por su reunión forman el consentimiento, en el momento de su formación se constata, sin mucho esfuerzo, que ellas no han podido comprender más que los elementos existentes o previsibles en ese momento. Cuando se establecen las cláusulas del acto cada cual piensa en los riesgos normales que puedan producirse y formula sus condiciones en consecuencia. Los acontecimientos anormales imprevisibles no han podido por hipótesis entrar en sus puntos de vista: en lo concerniente a ellos las partes nada han querido. ¿En nombre de qué principio, agrega Serbesco, pueden entonces ser obligadas a ejecutar en esas circunstancias? (Serbesco. Efectos de la guerra en la ejecución de los contratos. Rev. Trim de D. Civ. 1916 Pág. 357 N.º 13).

Para Serbesco, en consecuencia, las actuales tendencias de nuestras legislaciones sobre el cumplimiento forzado de las obligaciones literales contraídas por las partes es una infracción a la noción del consentimiento base del contrato.

Los autores pretenden encontrar el fundamento de la teoría de la imprevisión o en la tesis del enriquecimiento sin causa, o en la del abuso del derecho, o en la del error substancial o en la teoría de la causa o finalmente en la equidad.

Así, los que basan la tesis en la equidad, dicen que es menester mantener, con respecto a las prestaciones, el equilibrio que las partes tuvieron en el momento de contratar y en consecuencia no es justo que con la complicitad del tiempo se produzca un empobrecimiento ilimitado de una de las partes en provecho de la otra. Así por ejemplo, M. Osti llega hasta sustentar, de acuerdo con este criterio, que en todos los contratos existe implícita la cláusula *sic rebus stantibus*, cláusula, que si bien es cierto, no está establecida en forma expresa, está por decirlo así, al margen del mismo. Ella es el motivo o razón del contrato, o sea, el balance mental de las ventajas y sacrificios reportado por éste, que fué lo que indujo a las partes a contratar. En consecuencia, si este balance no es, más tarde, el que originó el contrato, es lógico suponer que no existiendo las razones determinantes del acuerdo deba éste ser resuelto (Revue de droit civil 1917 pág. 357 M. Serbesco).

Actualmente encontramos aplicaciones de la tesis en lo

contratos de seguro, en los cuales, las cláusulas contractuales son susceptibles de variaciones. Así por ejemplo si por ciertas circunstancias se agrava el riesgo de la cosa, la prima se eleva automáticamente y si el asegurado se niega a ello el contrato es resuelto.

Algunos tratadistas creen que es al juez a quien correspondería subentender en todo contrato la cláusula "sic rebus stantibus".

En cuanto a los efectos de la implantación de la tesis, los autores se dividen en cuanto a la extensión de las facultades concedidas al juez. Mientras unos propician la anulación o la modificación de las obligaciones contractuales, otros estiman que el juez debe forzarse en obtener de las partes una amistosa revisión, so pena de resolución del contrato.

Finalmente la decisión del juez tenderá a obtener una repartición igualitaria de las pérdidas y cargas que el azar creó en el contrato.

Los textos legislativos consignan casos, en que es posible destruir contratos legítimamente celebrados en razón de circunstancias posteriores. Así nuestro Código Civil en especial, en el artículo 1428 establece la revocación de las donaciones por ingratitud. El contrato matrimonial puede también ser modificado en sus efectos, a consecuencia de situaciones posteriores. Así, de acuerdo con el art. 267 el padre de familia pierde la patria potestad y el hijo se emancipa. El nuevo proyecto de protección a los menores, trae consigo nuevas alteraciones a los efectos primitivos del matrimonio.

El art. 155 faculta a la mujer para pedir separación de bienes en los casos de insolvencia o administración fraudulenta del marido o larga ausencia de éste, etc.

Cabe advertir, que estas disposiciones que implican alteración de los efectos de un contrato, por cambio en la situación de hecho primitiva, son especialísimos en nuestro derecho y se encuadran naturalmente, dentro de las causas legales de que habla el art. 1545 del Código Civil y no serían casos de aplicación de la teoría de la imprevisión como han afirmado algunos.

Es innegable, la bondad de tal tesis. Su consagración en el derecho positivo, evitaría, en realidad, situaciones de notoria

injusticia para algunos contratantes pero, al adoptarla, debe procederse con muchas precauciones. A este respecto Demogue opina, que el contrato es una cosa viviente y que no puede, en consecuencia, ser absolutamente rígido, pero, agrega, que la aplicación general de la teoría nos llevaría a situaciones inaceptables; termina pues, por adoptar la teoría para ciertos contratos y en determinadas condiciones (Demogue T. VII pág. 126).

La actual crisis económica nos ha demostrado en forma irrefutable, que contratos celebrados en situaciones diversas, son absolutamente imposible de cumplir en otras. En nuestro país el estado de la agricultura se hizo insostenible, a raíz de circunstancias imprevistas, que hicieron materialmente imposible el cumplimiento de las prestaciones contraídas.

Es algo que pugna a la moral y a la justicia, a las conveniencias sociales y económicas que mientras uno de los contratantes obtenga grandes ganancias, el otro se arruine a causa de acotamientos imprevisibles, que a él, no le son imputables, y que si bien es cierto no lo han colocado en una absoluta imposibilidad de ejecución, en cambio, le han hecho ésta, excesivamente onerosa y es pues, de estricta justicia que, aún cuando no pueda liberarse invocando la fuerza mayor, su situación, en cambio, dé margen a cierta indulgencia y pueda obtener una atenuación en sus efectos.

El factor económico es sin duda un antecedente digno de considerar en toda actividad humana incluso en la contractual.

Reconocemos, pues la justicia de la tesis, quien pretende en último término, una repartición más igualitaria de la pérdida entre las partes.

La imprevisión es, pues una concepción jurídica derivada de los principios de justicia y de moral, principios que orientan el derecho de todos los tiempos.

Hecho ya, someramente este estudio sobre la teoría de la imprevisión, terminamos afirmando, que aún cuando dicho concepto es muy vecino con el de fuerza mayor, no pueden sin embargo asimilarse.

## CAPITULO VI

### Prueba del caso fortuito o fuerza mayor.

¿A quién incumbe probar el acontecimiento extraordinario, denominado caso fortuito, que ha impedido el exacto cumplimiento de la obligación contraída?

¿Deberá corresponder esta prueba al deudor, o por el contrario, estará obligado a ella el acreedor?

De acuerdo con el principio general, consignado en el artículo 1698 "incumbe probar las obligaciones o su extinción, al que alega aquellas o ésta".

En consecuencia, el que solicita el cumplimiento de una obligación a su favor, sólo está obligado a probar la existencia de dicha obligación; a la inversa, el deudor al oponer el acontecimiento fortuito, trata de sostener que no existe ya su obligación, y que, por lo tanto, está exento de responsabilidad. Corresponde, por consiguiente, sólo a él, probar dicha excepción y hasta que el deudor no presente dicha prueba, el acreedor está en su justo derecho de exigir que se le cumpla la obligación o se le indemnice los perjuicios.

"El deudor es obligado a probar el caso fortuito que alega", prescribe el inc. 1.º del art. 1674 de Nuestro Código Civil y en el inc. 3.º del art. 1547, agrega que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Es al deudor, pues, a quien incumbe probar el caso fortuito o fuerza mayor que alega, con el objeto de librarse de la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación, del retardo en cumplirla o del cumplimiento imperfecto de ella.

Como ya hemos visto, entre los sucesos o acontecimientos que hacen imposible el cumplimiento de una obligación,

hay algunos cuya sola existencia hace presumir que sea fortuito. Por el contrario, hay otros, que dan margen a una posible culpabilidad del deudor.

Pertenecerán a la primera categoría, los casos fortuitos constituídos por hechos naturales como enfermedades, muerte, rayo inundaciones, terremotos y a la segunda, los constituídos por hechos del hombre, como guerra, huelga, abusos de fuerza, etc.

Esta clasificación tiene mucha importancia como auxiliar de la labor de investigación que corresponde al tribunal. En efecto, respecto de los primeros, al deudor sólo le corresponderá probar la existencia de ellos y será el acreedor quien deberá probar la culpabilidad del deudor. En cambio, dada la naturaleza de los segundos, será al deudor a quien corresponderá la prueba del hecho constitutivo de caso fortuito y de su inculpabilidad.

Se explica esta diferencia, por tratarse en el segundo caso de hechos del hombre, en el que existen probabilidades de injerencia por parte del obligado. Así, por ejemplo, en el caso de un incendio, deberá el deudor probar el origen fortuito de éste; en el de una huelga su falta absoluta de intervención en ella; en el caso del robo, la imposibilidad de prevenirlo y de la diligencia usada; en el caso de la guerra deberá probarse la realidad de la imposibilidad derivada de ella, con respecto a la obligación contraída, etc.

A este respecto, M. Marie (Cit. Lacantinerie) opina, que no hay que dejarse engañar por las palabras, porque "no hay acontecimiento liberatorio por sí mismo, sino que la liberación resulta de la convicción adquirida por el juez de que la víctima no pudo prevenir y ni mucho menos reaccionar contra la fuerza extraña".

En la mayor parte de los casos, dice, esta clase de acontecimientos surgen con tanta violencia y rapidez, que esta convicción se impone casi sin examen. Así, por ejemplo, la crecida de un río se lleva un puente ferroviario y la consecuencia es que retarda la entrega de las mercaderías transportadas por los convoyes detenidos; en este caso, la presunción de fuerza mayor se impone al pensamiento, aunque convendría antes ana-

lizar, si puede existir culpabilidad de la compañía en la mala construcción del puente.

El rayo, el temblor, la erupción volcánica, se presenta con un carácter más acentuado todavía, de invencible fatalidad.

### **De la prueba del caso fortuito en su relación con la prueba de la ausencia de culpa.**

Surge en esta materia una cuestión de suma importancia, cual es, la relativa a determinar si es o no diferente la noción del caso fortuito, tal cual lo hemos analizado, con la noción de la ausencia de culpa.

Si ellas fuesen sinónimas, resultaría que bastaría probar la ausencia total de culpa, para dar por establecido la existencia del caso fortuito y como corolario la liberación del deudor.

Sin embargo, son ellos dos conceptos enteramente diferentes. En efecto, probar la ausencia de culpa es probar que todas las precauciones ordinarias han sido tomadas, lo cual no significa probar la ausencia absoluta de culpa.

Probar, en cambio, la fuerza mayor, significa, que tal hecho concreto ha sido la causa de la inejecución de una obligación y, por lo tanto, del perjuicio irrogado en último término.

En virtud de la prueba de la ausencia de culpa, el juez adquiere la certeza de la inculpabilidad del deudor, de acuerdo con las reglas del razonamiento lógico, en cambio, en la prueba del caso fortuito la convicción, el juez la adquiere, no espontánea, sino forzadamente, por cuanto el deudor deberá probar irrefutablemente, que tal hecho concreto que reviste los caracteres de caso fortuito, fué la causa determinante de la inejecución de la obligación.

En resumen, en el caso fortuito, la liberación del deudor se produce por la prueba del hecho fortuito y no sólo por la prueba de la ausencia de culpa.

Antiguamente, dice Demogue, los tratadistas confundían ambas nociones, porque los redactores de los Códigos, no hacían una distinción clara entre ambos conceptos. Ha sido la

jurisprudencia quien ha venido a darles una interpretación racional, que tiende a dar mayores seguridades al acreedor.

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en este mismo sentido. Así en la sentencia pronunciada por la Corte de Casación de 10 de Julio de 1905, en el juicio Cariola con Transportes Unidos, se sentó la siguiente doctrina. . .

“Se presume que la pérdida, avería o retardo ocurre por culpa del porteador, si no justifica que ha ocurrido un caso fortuito, no bastando que se deje establecido de un modo vago o general que empleó todo la diligencia y cuidado en la conducción”.

Los hechos ocurrieron en la siguiente forma: el demandante espuso que la Compañía de Transportes Unidos se encargó de transportar a Santiago, ciertas mercaderías, las que más tarde no entregó, en razón de haberse consumido en el incendio de un carro. La demanda alegó caso fortuito en dicha pérdida, dado que en conformidad al art. 184 del Código de Comercio, las mercaderías se transportan a riesgo y ventura del cargador. La sentencia de primera instancia, declaró sin lugar la demanda en razón, dice uno de sus considerando, (considerando 2.º) que no consta de autos ni se ha probado, que el porteador contratara el transporte bajo responsabilidad de su parte, de riesgo y ventura; que el incendio se debiera a un hecho o culpa del mismo porteador o de sus empleados o dependientes y aparece al contrario, que empleó toda diligencia y cuidado, ya en la buena clase del carro conductor, cierros y marcha, ya en las averiguaciones de las causas del incendio y medio de recuperar la mercadería.

La Corte de Apelaciones, por su parte, confirma la sentencia con el voto en contra de un sólo Ministro, los demandantes interpusieron recurso de casación en el fondo, sosteniendo que esta sentencia había sido dictada con infracción de ley. La Corte Suprema dió lugar al recurso de casación en consideración a... (considerando 4º). Que el porteador responde de la culpa leve en el cumplimiento de las obligaciones que le impone el transporte y se presume que la pérdida, avería o retardo ocurre por su culpa según lo preceptuado en el art. 207 del Código de Comercio.

Considerando 5.º que efectuada la conducción bajo la

responsabilidad de los Transportes Unidos, no ha justificado esta empresa que se haya producido un caso fortuito o de fuerza mayor que la exima de esa responsabilidad, no bastando que se deje establecido de un modo vago y general que empleó toda diligencia y cuidado en la conducción, sino que es necesario que se justifique el caso de exención de responsabilidad de una manera precisa y con relación al hecho en que se funda de suerte que no quede duda a cerca de la existencia del caso fortuito o fuerza mayor que se alega por el demandado, a quien impone, además, la ley la prueba de esta alegación el art. 1547 del Código Civil.

Firman esta sentencia los Señores, V. Aguirre; José Alfonso; Leopoldo Urrutia; Gabriel Gaete; Carlos Varas; Leoncio Rodríguez; E. Fóster Recabarren. (Revista de Derecho y Jurisprudencia, año III. sección primera, pág. 36).

Esta opinión de nuestra Corte Suprema, está en contradicción con la opinión sustentada por Colin et Capitant, quien dice que no siempre y en todos los casos, será estrictamente necesario, que el deudor pruebe precisamente el acontecimiento exterior, que ha sido el causante del no cumplimiento de la obligación; algunas veces, dice, se permitirá al deudor que demuestre o pruebe solamente que ha obrado con la diligencia requerida, es decir, que se ha comportado como un diligente padre de familia.

Ve aplicado este principio, en la ley de 18 de Julio de 1889 art. 4.º, segunda parte, referente al arrendamiento del colono aparcerero. El colono puede quedar exento de toda clase de responsabilidad en el caso de incendio; cuando hubiere probado que usó de toda la diligencia posible respecto a la guarda y conservación de la cosa.

El Código Alemán en el art. 282 establece expresamente que el deudor deberá probar el hecho constitutivo de la imposibilidad, conjuntamente con su inculpabilidad en dicha imposibilidad.

El art. 2º de la Ley Suiza de 1º de Julio de 1875 sobre responsabilidad de los accidentes causados por las Empresas de Ferrocarriles o de Buques a Vapor, establece expresamente que la Empresa sólo puede liberarse probando el hecho constitutivo de fuerza mayor o la culpa o negligencia del

viajero o de otras personas extrañas a ella, conjuntamente con la falta de culpa imputable a la misma.

Como sabemos, la empresa responde de sus empleados y de toda persona de que ella se sirva para la ejecución del transporte o la construcción de la línea. (Rev. gen. de Droit, 1880, pág. 531; Soldán).

El Código Español exige que el deudor deba probar la existencia del caso fortuito, su relación causal con la inejecución y finalmente, que ha observado toda diligencia necesaria para combatirlo. Sólo en virtud de esta prueba, quedará liberado del cumplimiento de su obligación.

El Código Francés, según se desprende del artículo 1302, exige la prueba del caso fortuito y no sólo la de la ausencia de culpa.

Nuestro Código en su art. 1547, exige expresamente, la prueba del caso fortuito y, en consecuencia, en nuestra legislación, no habrá nunca liberación para un deudor, por la simple prueba de la ausencia de culpa de éste.

Sin embargo, uno de los caracteres del caso fortuito, es la existencia de un hecho extraño al deudor, o sea, de un hecho inculpable del deudor. De esto resulta, que la buena fe es uno de los elementos constitutivos del caso fortuito, así Demogue nos dá, por ejemplo, el de un hacendado que pretende que las lluvias han destruído su cosecha, no invocará con éxito la excepción de la fuerza mayor, si usó de tan malas simientes, que aún en las mejores condiciones climatéricas no habrían podido germinar, o si descuidó las precauciones especiales que dichas simientes exigían.

Por consiguiente, el principio jurídico que dice que "a lo imposible nadie está obligado", lleva implícita la condición de que en esta imposibilidad no tenga intervención aquel a quien le aproveche.

Es entonces exclusivamente, al juez, a quien corresponderá determinar si existe o no culpabilidad imputable al deudor, o a las personas por las cuales él responde, o si el incumplimiento tuvo su origen en un hecho extraño, del cual no es responsable.

Es en este punto, cuando puede tener importancia la distinción entre acontecimientos ordinarios o extraordinarios.

pero para el sólo hecho de dar un criterio para la apreciación del juez.

En efecto, tratándose de acontecimientos extraordinarios, el deudor en el momento de celebrar el contrato, debió preverlos, manteniendo entonces dentro de estos términos la diligencia debida; en consecuencia, a él corresponderá la prueba encaminada a demostrar que no pudo evitarlo.

A la inversa, tratándose de los hechos extraordinarios, sólo corresponderá al deudor probar la existencia del mismo, y será el acreedor quien deberá demostrar que el deudor pudo resistirlo y no lo hizo. Pero como lo dijimos anteriormente, estas son simples cuestiones de hecho destinadas a facilitar la labor del juez de la causa.

La prueba del caso fortuito, está, en consecuencia, unida, a la prueba de la ausencia de culpa y el obligado deberá probar junto con la existencia del hecho positivo en quien se reúnen los caracteres determinantes del caso fortuito, el empleo, por su parte, de toda la diligencia necesaria para impedir en primer término, la realización del hecho, y en segundo, la atenuación del mismo.

Dicha prueba, en sus dos formas, es absolutamente necesaria para exonerar al deudor de la culpa "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y la prueba del caso fortuito al que lo alega" dispone el inc. 3.º del art. 1547 de nuestro Código Civil.

Nuestros Tribunales de Justicia, en numerosas sentencias han exigido siempre, para la existencia del caso fortuito, que el demandado haya probado que usó de toda diligencia y cuidado debido.

Así, por ejemplo, en una ocasión que se demandaba indemnización de perjuicios por la muerte de una persona, acaecida por motivo de la caída de un río, del tren en que viajaba, causada por la destrucción de un puente, declaró rechazada la demanda, en atención a que la empresa demandada había probado "haber empleado en el cuidado especial del puente toda la diligencia debida". (Revista de Derecho y Jurisprudencia, año II, sección primera, pág. 46).

Debe probar también el deudor, cuando se encontrare en mora, y ocurriese un suceso de esta clase, que el acontecimien-

to es de tal naturaleza, que igualmente hubiere dañado la cosa, si se hubiere encontrado en poder del acreedor, pues como sabemos, estando el deudor en mora responde de los perjuicios ocasionados al acreedor, aún cuando el incumplimiento de la obligación o pérdida de la cosa fuere ocasionado por caso fortuito, salvo cuando del mismo modo, hubiere perecido la cosa, estando en manos del acreedor. (Art. 1547 C. C. inc. 2.º).

Debe también demostrar que este acontecimiento le fué, inevitable y que le colocó en la imposibilidad, de cumplir, o de cumplir exactamente la obligación; que las consecuencias del caso fortuito perjudicial al acreedor, no han sido aumentadas por hechos positivos o negativos de su parte.

Al acreedor, le está reservada la facultad de oponerse a la excepción presentada por el deudor y así dirá, que el suceso extraordinario calificado por el demandado como caso fortuito, no es tal, pues es debido a hechos a él imputables, y que con una diligencia más esmerada, hubiere podido evitarlo, o, por lo menos, disminuir sus consecuencias dañosas, etc.

El art. 1547, dice en su inc. 3.º, que el deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega.

El art. 1671 ya mencionado agrega: "siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya". Por consiguiente, el precepto del art. 1547 aparece reforzado por la presunción del art. 1671.

El caso fortuito o fuerza mayor, dice Colin et Capitant, que es un hecho y no un acto jurídico, puede ser probado por todos los medios posibles, especialmente por simple presunciones. Si el deudor demuestra que se ha portado en todo, como un diligente padre de familia, existe aquí, una presunción de que el hecho que ha puesto obstáculo al cumplimiento de su obligación no ha podido ser otro más que un caso fortuito o fuerza mayor (Colin et Capitant, T. III pág. 26).

Y, cabe finalmente, dejar constancia aquí, que la jurisprudencia chilena ha declarado que no es lícito a los contratantes, en los casos en que la ley ha determinado a quien debe corresponderle el onus probandi, subvertir convencionalmente, las reglas de dicha prueba.

Así con respecto al art. 539 del Código de Comercio, que dice que "El siniestro se presume ocurrido por caso fortuito

pero el asegurador puede acreditar que ha sido causado por un accidente que no le constituye responsable de sus consecuencias, según la convención o la ley". La Corte dejó establecido en la sentencia del 30 de Diciembre de 1909 año VIII Sección primera, pág. 62, "las cláusulas de las primas de seguro en que se estipula que ocurrido un terremoto, corresponde al asegurado probar que las pérdidas o daños no reconocen por causa, ni proceden, en consecuencia, del terremoto, sino que por el contrario, obedecen a causas correspondientes a él, son ilícitas y no deben tomarse en cuenta, porque no es lícito a los contratantes subvertir las leyes que fijan el modo como deben probarse las obligaciones o su extinción y según el art. 539 del Código de Comercio y 1689 del Código Civil, el siniestro se presume ocurrido por caso fortuito e incumbe al asegurador probar que ha sido causado por un accidente que no le constituye responsable.

La firman los Srs. J. Gabriel Palma; Leopoldo Urrutia; Galvarino Gallardo; Gabriel Gaete; V. Aguirre; V. Leoncio Rodríguez; L. Vial Ugarte.

## CAPITULO VII

### **Estudio especial de algunos hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor.**

En nuestro derecho encontramos enumerados como casos fortuitos los siguientes: terremoto, epidemias, apresamientos de enemigos, actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, naufragio, tempestad, abordaje fortuito, cambio forzado de ruta, de viaje o de nave, hechazón, apresamiento, fuego, saquéo, declaración de guerra, embargo, por orden del P. de la República, retención por orden de potencia extranjera, represalias. etc., etc.

Nuestro legislador fué lógico, al abstenerse de hacer una enumeración taxativa de los acontecimientos fortuitos. Ello es explicable, dado que el progreso científico actual, imposibilita al hombre para adquirir una concepción exacta de los fenómenos naturales.

Por otra parte, el carácter inherente al caso fortuito, la buena fé anexa a la imprevisibilidad, es eminentemente relativo ya que la previsión de un fenómeno dice relación con la mayor o menor cultura de un hombre.

Podemos clasificar los hechos constitutivos de caso fortuito en dos categorías:

1º Aquellos que por si solos constituyen caso fortuito (rayo, terremoto, inundaciones, etc.)

2º Aquellos en que es menester probar la causa fortuita para ser considerados como tales.

Entre los de la segunda categoría y atendiendo a su importancia analizaremos la guerra, la huelga, el incendio, el robo, etc., etc.

## La Guerra.

Aplicando los principios teóricos ya enunciados, al caso particular de la guerra, deduciremos que ésta es un caso fortuito o fuerza mayor siempre que importe una imposibilidad absoluta para la ejecución de la obligación, derivada de un contrato determinado.

De acuerdo con los principios consagrados en los textos legislativos en general, tal conclusión se impone.

En efecto, la guerra es en ciertos casos, un acontecimiento imprevisto, irresistible e inimputable a un deudor dado. No acontece lo mismo si ella es una dificultad que hace materialmente más difícil o más onerosa, una obligación.

La Jurisprudencia Francesa, en sus comienzos estableció, que la guerra no es un hecho constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, sino cuando se prueba que fué la causa exclusiva de la inejecución o ejecución tardía de una obligación. No consideraba, en consecuencia, las mayores dificultades que ella importara a la ejecución de la prestación, sino que únicamente la imposibilidad absoluta de realizarla en las condiciones y plazos convenidos.

El principio general, que informa esta materia es el siguiente: si la guerra constituye una imposibilidad absoluta, para el cumplimiento del contrato, la obligación se extingue y el deudor queda liberado; pero si ella solo importa una imposibilidad momentánea, la obligación no se extingue, sino que su cumplimiento se aplaza, hasta la cesación del obstáculo originado por la guerra.

Así por ej. un caso de fuerza mayor, que justificaría la falta de entrega de la cosa en el plazo estipulado, sería la requisición de los productos de una fábrica hecho sea por el enemigo o sea por el propio gobierno. Queda subentendido, que ésta debe ser total, por cuanto, que si ella es solo parcial, no existiría la imposibilidad absoluta de cumplimiento, requerida por el caso fortuito.

Para un fabricante que debe entregar ciertos productos manufacturados, serían casos de fuerza mayor que lo exonerarían de su obligación los siguientes: la imposibilidad absoluta para adquirir materias primas a consecuencia de la guerra o la

imposibilidad para trasportarlas de un punto a otro; pero no lo sería, en cambio; la dificultad de adquisición de las materias primas en razón de las alzas de precio o los peligros a que se expondrían las mercaderías a consecuencia del transporte. Sin embargo, se ha admitido que hay fuerza mayor, cuando existe un justificado temor que las mercaderías queden expuestas a un serio peligro, como contrabando de guerra, submarinos, etc. Pero ni aún en este caso habría fuerza mayor, si los riesgos son para el comprador o si éste, los toma a su cargo.

Como regla general podemos dejar establecido que las dificultades o peligros del transporte, en razón de la guerra, no son un caso de fuerza mayor, porque en último término, el vendedor podría asegurar la mercadería.

La obligación de un comprador de pagar el precio, no puede ser dispensada nunca, en razón de una guerra, porque las obligaciones de dinero son siempre susceptibles de ser ejecutadas, tarde o temprano.

La Jurisprudencia Francesa, ha declarado que hay fuerza mayor respecto de contratos celebrados antes de la guerra y cuyo cumplimiento se hace imposible durante ella, a consecuencia de una moratoria que impide la obtención del dinero necesario para comprar las materias primas, dinero que habría sido imposible de obtener si las circunstancias hubieran sido normales (Orleans, 24 de Junio de 1915. Gaz. Trib. 19 de Sep. de 1915, cit. por Wahl).

Un comerciante quedaría también exonerado por fuerza mayor, si el comercio de ciertas mercaderías, queda completamente prohibido antes de la entrega. En tal caso deberá proceder a la ejecución cuando el obstáculo desaparezca (Rev. Trim. de Droit, Civil 1914 pág. 442).

Por regla general la guerra, es solo el origen de un retardo en la ejecución de una obligación y en consecuencia, una vez cesadas las hostilidades, la obligación debe en principio, ser ejecutada íntegramente en el término estrictamente necesario para hacerlo.

Este principio, solo admite excepciones especialísimas, respecto de aquellas obligaciones que deben ser ejecutadas dentro de cierto plazo, en razón de los usos y costumbres, o de la in-

tención de las partes o por otra razón cualquiera. En estos casos el tribunal podrá declarar resueltos dichos contratos.

### La Huelga.

En nuestro concepto la huelga en sí, tampoco constituye caso fortuito o fuerza mayor, salvo que concurran dos circunstancias: 1º que ella cree una imposibilidad absoluta de ejecución respecto de la obligación contraída y 2º que el deudor pruebe que la huelga no se originó por su culpa y que tampoco pudo evitarla.

La huelga es el hecho más discutido, con respecto a si es o nó, constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor.

Se argumenta, que es imposible que los caracteres del caso fortuito puedan aplicarse a una huelga. Así por ej. se dice que la huelga es siempre previsible y por consiguiente no tendrá nunca, el carácter de fuerza mayor; tal lo ha declarado la Jurisprudencia Francesa.

Para Demogue (T. VII pág. 609) esto es efectivo, sólo para ciertas industrias.

Por otra parte, es requisito indispensable del caso fortuito la inculpabilidad del deudor. Tratándose de una huelga en general, es indudable que el patrón de una empresa particular, que se vé en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones a consecuencia de ella, podría liberarse en atención a su inculpabilidad en el origen de dicha huelga.

Sin embargo Thaller sostiene, que en este caso no hay fuerza mayor más que para las obligaciones de hacer, ya que en las obligaciones de dar se puede, en caso de huelga general, recurrir al stock de reserva o bien procurarse el producto en otra parte, como lo ha declarado la Jurisprudencia Francesa.

El problema se presenta en los casos de huelgas parciales, en las cuales será difícil al patrón probar su inculpabilidad en ella.

A este respecto, es menester distinguir dos situaciones: 1º la huelga se declaró sin ajustarse a las prescripciones legales, 2º la huelga se generó de acuerdo con dichas prescripciones.

En el primer caso hay fuerza mayor (Baudry Lacantinerie et Barde, T. III Nº 1924) siempre que ella cree un obs-

título absoluto a la ejecución de la prestación, o sea tratándose de prestación de mercaderías, que no haya reserva de éstas, ni sea posible procurarse el mismo producto en otra parte.

En el segundo caso, o sea si ella se declaró legítimamente, no hay fuerza mayor, si el patrón pudo razonablemente acceder a las exigencias de los obreros, o bien contratar otros obreros. Decimos razonablemente, en el sentido de que no será obligado un patrón a la aceptación de todas las condiciones exigidas por los obreros; sino de aquellas que están dentro del marco de las utilidades de la empresa y de la conveniencia social.

Toda actitud del patrón que obstaculice la cesación de la huelga, como sería el rechazo del auxilio que le propusiera el Estado o la negativa para aceptar las condiciones razonables de los obreros, lo harían a éste culpable y por consiguiente no podría exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones alegando caso fortuito o fuerza mayor.

La Jurisprudencia Italiana ha declarado que la huelga es caso fortuito o fuerza mayor, cuando las autoridades han impedido a un patrón contratar obreros extranjeros, o bien cuando a los nuevos obreros por actos violentos se les ha impedido trabajar.

Los autores, en cambio, exponen diversas teorías sobre la materia. Así M. Jossierand, estima que la huelga no es un caso de fuerza mayor, sino por excepción, en razón que es un hecho interior a la empresa (Jossierand, transport. N<sup>o</sup> 592 y sig. Ann. Dr. Comm 1909 p. 383 y sig.)

M. Colín, estima que la huelga es un caso fortuito, siempre que ella signifique una imposibilidad absoluta, de lo cual se deduce que no habrá fuerza mayor si el patrón puede poner término a ella, aún haciendo onerosas concesiones a los obreros.

La imposibilidad relativa, creada por una huelga es también para Colín un caso de fuerza mayor, siempre que ella no haya podido ser prevista. (Demogue T. VI pág. 612).

M. Colmo (Obligaciones T. I Nos. 125 y 126) sólo califica de fuerza mayor a una huelga que cumpla estas dos condiciones: 1<sup>o</sup> existencia de una causa exterior a la empresa,

por ej. orden emanada de un sindicato y 2º imposibilidad para reemplazar a los obreros.

M. Amiot no considera la huelga como caso de fuerza mayor y la estima como un riesgo inherente a la empresa, salvo que ella sea contraria a la ley (*Repercussions des grèves ouvrières sur l'exécution des contrats*, Ann. dr. comm, 1903 pág. 65).

Planiol Ripert y Esmein exige cuatro caracteres para calificar una huelga de fuerza mayor, ellos son: 1º debe ser general, 2º repentina, 3º imprevista, 4º no imputable al deudor.

Para Demogue bastan los dos primeros (Planiol Ripert y Esmein T. II Nº 482).

### El Robo.

En el Derecho antiguo, por regla general, no se calificaba al robo, de fortuito, salvo los casos siguientes: cuando se hubiera cometido por parientes o criados; cuando la cosa robada se hubiere encontrado colocada en un lugar donde los hombres acostumbran guardarla habitualmente; cuando se demostrase que aquella persona que soportó el robo era diligentísima en todos sus negocios y finalmente cuando hubiera sido efectuado el robo con violencia o fractura de puertas.

A juicio de algunos autores modernos el robo, no podría considerarse como caso fortuito, por ser un producto exclusivo de la negligencia humana, ya que toda persona está siempre asegurándose contra dicha eventualidad.

Para otros, sólo cierta clase de robos, podrían calificarse como tales, por ej., cuando ellos se hubieran realizado por medio de la fuerza o de la astucia.

Para Demogue el robo constituiría un caso de fuerza mayor, siempre que haya existido una imposibilidad absoluta para impedirlo (robo con violencia). El art. 1784 del C. C. Español, al referirse al depósito en las fondas, de los efectos de los viajeros dispone que sólo el robo que se verifique a mano armada, o sea en circunstancias que anulen absolutamente la voluntad del individuo y que excluyan toda hipótesis de negligencia de su parte, constituyen caso fortuito.

Nuestros Tribunales así también lo han entendido. Cita-

remos al respecto la sentencia N° 3042, Pág. 901. Gaceta 1895. El caso era el siguiente: Una casa comercial demandaba al fisco por la cantidad de veintitres mil pesos, por valor de trece barriles de pólvora que faltaron en el almacén fiscal, de una partida que tenía allí depositada y de cuya falta estimaba el demandante responsable al Fisco.

El promotor fiscal, contestando la demanda opina, que de esa pérdida o sustracción de pólvora no es responsable el fisco y que en consecuencia, este no tiene por qué pagar la que se le cobra.

El demandante replicando, refuerza su demanda diciendo que si se les ha obligado a depositar la pólvora que expenden en un almacén especial, que se encuentra bajo la vigilancia fiscal, y por cuyo servicio se paga un derecho o contribución, es razonable y justo, que el fisco responda, en todo caso, del extravío o pérdida del artículo.

Rendida la prueba y previos los alegatos, se cita para sentencia se hace traer a la vista el expediente criminal sobre hurto de pólvora y se condena al demandado al pago de la pólvora. Considerando que la pólvora cuyo valor cobra dicha casa comercial, fué sustraída del almacén fiscal, cuya vigilancia y custodia corresponde al Fisco; que del sumario instruído por esa sustracción resulta que el fisco no tenía para custodiar y vigilar la conservación de esa pólvora más que un empleado cuyas obligaciones son sólo de recibirla y entregarla; que el Fisco exige una contribución para el depósito obligado de la pólvora, etc. . . y considerando: que el caso fortuito es según el art. 45 del Código Civil, el imprevisto a que no es posible resistir; y que el hurto o robo no es en este caso, según la definición anterior, un caso fortuito, por cuanto no es imprevisto y pudo evitarse con la vigilancia debida.

La misma tésis está expuesta en el considerando 9° de una sentencia del 9 de Enero de 1906, dictada por los señores Gabriel Palma. — Gabriel Gaete. — V. Aguirre V. — Abel Saavedra E. — Foster Recabarren y J. Alejo Fernández.

Considerando 9°.

Que el robo de las mercaderías porteadas efectuado,

mientras permanezcan ellas en poder del portador, no puede estimarse en derecho, como caso fortuito, ni alegarse como tal para excusar la responsabilidad de aquél, a no ser que por su parte se pruebe que ese acto punible se cometió, no obstante el cuidado y diligencia gastado en evitarlo; y ya se ha visto que los jueces de fondo han dado por establecido el hecho de que X. Y. no ha comprobado en esta causa que en la conducción y desembarco del cajón perteneciente a los demandantes, se hubieren tomado las precauciones y seguridades necesarias para evitar ese delito. (Año III Sección I, pág. 326).

### El error.

Se dice que el error, o mejor dicho, la ignorancia respecto a la prestación que se debe es asimilable al caso fortuito o fuerza mayor. Se exige que exista buena fé de parte del deudor o sea una ignorancia fundada en graves presunciones.

Demogue sostiene que, en términos generales, la ignorancia inevitable es un caso de fuerza mayor, como sería por vía de ejemplo, la ignorancia respecto de un decreto de reciente dictación.

Tal tesis tendría además asidero en el C. C. Francés. En efecto el art. 1935 establece, que el heredero del depositario que ha vendido de buena fé la cosa, no es obligado más que a devolver el precio.

Por lo tanto, en conformidad a esta disposición, el deudor quedaría liberado y no tendría más que restituir todo lo que para él constituía un enriquecimiento ilegítimo.

Los arts. 1380 y 1935 del mismo Código, establecen así mismo, que el que vende de buena fé la cosa recibida indebidamente no debe más que el precio.

El art. 1631 del C. C. Francés declara que si la cosa evicta ha sido deteriorada por negligencia del comprador, él puede sin embargo reclamar el precio pagado; en virtud sin duda del pago sin causa.

Igual principio consigna en términos generales nuestro Código Civil en el art. 1678 que dice: 'Si la cosa debida se destruye por un hecho voluntario del deudor, que inculpablemen-

te ignoraba la obligación, se deberá solamente el precio sin otra indemnización de perjuicios.

Sin embargo hay en las disposiciones anteriormente citadas sólo una reducción de la obligación y no una liberación de ella.

M. Osti opina, que no puede aceptarse que la simple ignorancia no culpable del deudor, pueda exonerar a éste, de los efectos de la mora, en consecuencia no asimila el error al caso fortuito.

A pesar que Demogue manifiesta que es este un criterio severo y excesivo, en nuestro concepto no hay en los casos anteriormente enumerados fuerza mayor sino hechos voluntarios del deudor generadores de responsabilidad y que en razón de la buena fé o sea de su inculpabilidad, se les reduce o atenúa dicha responsabilidad.

#### **La enfermedad o accidentes ocurridos al deudor.**

Planiol Ripert et Esmein (T. I. N° 382) opinan que es éste un ejemplo evidente de caso fortuito o fuerza mayor. Cabe advertir que dicha opinión se impone siempre que la obligación fuere de tal naturaleza que sólo pudiera ser realizada por el deudor.

El problema surge cuando ésta puede ser ejecutada por un tercero. No es en realidad algo sencillo determinar si la obligación puede ser realizada exclusivamente por el deudor o si puede ella serlo por un tercero. En efecto, un deudor encargado de una construcción, puede prácticamente hacerse sustituir por un tercero, ya que la prestación lo permite pero, en cambio, teóricamente no podría hacerlo ya que la obra dirigida por este tercero, no podrá nunca ejecutarse en las mismas condiciones que con el deudor.

Para determinar estas circunstancias, será menester atender a la naturaleza misma de la prestación y principalmente, al espíritu de las partes implícito en el contrato.

Formulada la hipótesis de que la prestación pudiera ser realizada por un tercero sería preciso distinguir si el estado de enfermedad pudo ser previsible o no por el deudor. En el primer caso no hay fuerza mayor porque pudo el deudor ha-

cerse reemplazar por el tercero. En el segundo caso la hay, como cuando el deudor sufre una enfermedad repentina o le ocurre un accidente.

En el contrato de trabajo, la situación cambia y por razones de índole social, derivadas de la diferencia económica entre el patrón y el obrero, toda enfermedad de este último, siempre que sea dentro de cierto límite de tiempo, no pone término al contrato, ni es justa causa de despedida.

En caso de accidentes, sólo cuando el obrero quede inadaptado para el trabajo, el contrato termina.

Que la enfermedad sea un caso fortuito o fuerza mayor, tiene enorme importancia para ciertos contratos, como por ejemplo, en el seguro, en el cual como sabemos, de acuerdo con las cláusulas contractuales, el no pago de la póliza de seguro pone término al mismo. En cambio, si esta falta de pago se produce a consecuencia de una enfermedad del asegurado, la póliza no caduca.

### Vicio propio de la cosa.

Demogue define el vicio propio de una cosa diciendo, que es la aptitud que tiene ésta para alterarse espontáneamente, pese a todas las precauciones que se tomen, sea perdiendo su poder, sea debilitándolo.

De acuerdo con esta definición, es requisito indispensable, para que exista vicio propio en una cosa, que el deudor haya tomado todas las precauciones necesarias y que en consecuencia, esta alteración de la cosa, sea de origen espontáneo en la misma.

El deudor deberá probar entonces, su falta de culpabilidad en la alteración, o sea probará que toda la diligencia y cuidado que la cosa requería, fué tomada.

Es mediante esta prueba, que el vicio propio de la cosa adquirirá los caracteres de caso fortuito o fuerza mayor.

Lógicamente, no habrá fuerza mayor, si este vicio de la cosa fué previsto y no fué conjurado.

Sin embargo el deudor liberado, con respecto a su acreedor, de su respectiva obligación, deberá responder ante terceros de los perjuicios que el vicio propio de la cosa le haya irrogado, esto es de acuerdo con la responsabilidad delictual que pueda alcanzarle.

# BIBLIOGRAFIA

AUBRY ET RAU.—Cours Civil Francais. Tomo IV.  
LAURENT.—Principes de Droit Civil Francais.— Tomo XVI.

GIORGI.—Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno.—Tomo II.

CHIRONI.—La culpa en el Derecho Civil Moderno.

MANRESA.—Comentarios al Código Civil Español.— Tomo VIII.

ALESSANDRI R. ARTURO.—Obligaciones.

BAUDRY.—LACANTINERIE DROIT CIVIL SUPPLEMENT. — Tomo III.

POTHIER.—Tratado de las Obligaciones.

COLIN Y CAPITANT.—Cours élémentaire de Droit Civil Francais T. II.

BAUDRY LACANTINERIE.—Droit Civil. — Tomo III.

VALVERDE.—Derecho Civil Español. — Tomo III.

DEMOGUE.—Des Obligations en general. — Tomos: III y VII.

MAINZ.—Derecho Romano.

BAUDRY LACANTINERIE ET BARDE. — Traité théorique et pratique de Droit Civil, Des Obligations. — Tomo I.

PLANIOL ET RIPERT.—Traité Pratique de Droit Civil. — Tomo VI.

HENRY MAZEAU Y LEON MAZEAU. — Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile, Delictuelle et Contractuelle. — Tomo II.

Revue Trimestrelle de Droit Civil.

BARROS ERRAZURIZ ALFREDO.—Curso de Derecho Civil 1930.

CLARO SOLAR LUIS. — Explicaciones de Derecho Civil Chileno. — Santiago 1898.

ESCRICHE, JOAQUIN. — Diccionario de Legislación. — Madrid 1842.

DE LA MAZA LORENZO. — Teoría de la Imprevisión.



# INDICE

	Págs.
CAPITULO I. . . . .	7
Introducción. . . . .	7
Responsabilidad Contractual. . . . .	7
I.—El hecho del deudor. . . . .	8
El hecho voluntario del deudor en el Código Civil Chileno. . . . .	10
II.—La culpa del deudor. . . . .	12
Responsabilidad del deudor por el hecho ajeno. . . . .	14
Responsabilidad del deudor por el hecho del representante. . . . .	14
Responsabilidad del deudor por el hecho de sus auxiliares. . . . .	15
III.—Responsabilidad del deudor por el hecho de las personas por él asociadas al goce de la cosa. . . . .	19
Responsabilidad de los auxiliares en el Derecho Civil Chileno. . . . .	20
Responsabilidad de los sustitutos y auxiliares ante el deudor. . . . .	21
CAPITULO II. . . . .	23
Estudio Comparativo de los términos caso fortuito y fuerza mayor. . . . .	23
TEORIAS. . . . .	23
Inexistencia en nuestro Derecho de toda diferencia específica entre el caso fortuito y la fuerza mayor. . . . .	28
CAPITULO III. . . . .	30
Concepto y condiciones que debe reunir el caso fortuito para ser considerado como tal. . . . .	30
I.—Concepto del caso fortuito. . . . .	30
II.—Condiciones que debe reunir. . . . .	34
1º Hecho extraño a la voluntad del deudor. . . . .	34
¿El hecho de terceros es o nó un hecho extraño al deudor? . . . . .	37
2º Acontecimiento imprevisto e inevitable. . . . .	38

3º Imposibilidad de cumplimiento respecto a la obligación contraída...	41.
Caracteres de la imposibilidad...	42
1º Imposibilidad absoluta...	42
2º Imposibilidad permanente...	46
CAPITULO IV. ....	47
Efectos del caso fortuito...	47
Efectos generales...	47
Efectos especiales del caso fortuito...	54
Efectos del caso fortuito producido por el hecho de un tercero...	55
Estudio especial de las excepciones al principio de la irresponsabilidad derivada del caso fortuito...	56
I.—Responsabilidad del caso fortuito derivada de la ley...	56
Del dolo; de la culpa; de la mora...	56, 57 y 59
II.—Responsabilidad del caso fortuito originado por la voluntad de las partes...	62
CAPITULO V. ....	67
Teoría de la imprevisión...	67
CAPITULO VI. ....	74
Prueba del caso fortuito o fuerza mayor...	74
De la prueba del caso fortuito en su relación con la prueba de la ausencia de culpa...	76
CAPITULO VII. ....	83
Estudio especial de algunos hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor...	83
La guerra; la huelga; el robo; el error; la enfermedad; vicio propio de la cosa...	84, 86, 88, 90, 91 y 92
BIBLIOGRAFIA ...	93