

**PIZARRO – VALLESPINOS**

**TRATADO  
DE  
OBLIGACIONES**

**Tomo III**



**RUBINZAL - CULZONI  
EDITORES**

- b) Por renuncia expresa o tácita del deudor a los efectos de la *mora creditoris*<sup>85</sup> (v. gr., si las partes acuerdan un plazo para recibir una determinada prestación que fue antes rechazada por el acreedor, se presume que media renuncia a los efectos de la mora, salvo reserva en contrario)<sup>86</sup>.
- c) Por extinción de la obligación por cualquier causa, sin perjuicio de los efectos ya producidos por la mora del acreedor hasta ese momento<sup>87</sup>.

## B) CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR<sup>88</sup>

### 1923. § 501. Concepto

Nuestro código civil y comercial lo define en su artículo 1730: “Caso fortuito. Fuerza mayor. Se considera caso fortuito o fuerza

<sup>85</sup> BUSSO, *Código*, t. III, p. 174, n. 175; SALVAT y GALLI, *Obligaciones*, t. I, n. 111, b, p. 125; COLMO, *Obligaciones*, p. 82, n. 101.

<sup>86</sup> Coincidimos con Llambías en que la renuncia que nos ocupa no altera, como regla, los efectos ya producidos por el estado de *mora creditoris* y produce sus efectos hacia el futuro (*Obligaciones*, t. I, n. 141, b, p. 179). De tal modo, si se conviene un plazo para recibir 5.000 cabezas de ganado antes rechazados por el acreedor, ello importaría la purga de la mora del acreedor por renuncia tácita del deudor, pero no extinguiría la obligación accesoria de indemnizar los daños y perjuicios moratorios causados hasta ese momento por el deudor.

<sup>87</sup> LLAMBÍAS, *Obligaciones*, t. I, n. 141, ps. 179/180; BUSSO, *Código*, t. III, p. 274, n. 177.

<sup>88</sup> Bibliografía especial: AGOGLIA, BORAGINA y MEZA, *La exoneración de la responsabilidad contractual. La causa extraña no imputable*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 18, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998; ídem, *Responsabilidad por incumplimiento contractual*; ALTERINI, *El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual*, en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, 1990, n. 1; ídem, voz *Caso fortuito*, en ALTERINI y LÓPEZ CABANA (dir.), *Enciclopedia de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1998, t. II, p. 103; BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, *El incumplimiento de las obligaciones*; BUERES, *Incumplimiento de la obligación y responsabilidad*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998; ídem, *Responsabilidad contractual objetiva*, en JA 1989-II-964; BREBBIA, *La relación de causalidad en el derecho civil*; COMPAGNUCCI DE CASO, *Responsabilidad civil y relación de cau-*

mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario.

Este Código emplea los términos ‘caso fortuito’ y ‘fuerza mayor’ como sinónimos<sup>89</sup>.

a) En el campo obligacional (contractual) el *casus* provoca dos consecuencias fundamentales:

- 1) Extingue la obligación por imposibilidad sobrevenida, sin responsabilidad del deudor (art. 955, Cód.Civ.Com.) (ver infra § 510).
- 2) Exime al deudor de responsabilidad por incumplimiento (art. 1730, Cód.Civ.Com.)<sup>90</sup>.

La razón de ser de ambas consecuencias es evidente: la *causa*

*salidad*; CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*; GIANFELICI, M., *Caso fortuito e impedimento ajeno a la voluntad del deudor*, en BUERES y KEMELMAJER DE CARLUCCI (dir.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*; GOLDENBERG, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*; LÓPEZ OLACIREGUI, *La fuerza mayor y la orden del soberano ante la teoría de la responsabilidad civil*, en JA 1944-IV-311; MAYO, *La imposibilidad de cumplimiento. Objetiva y subjetiva. Absoluta y relativa*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 33; PADILLA, *Responsabilidad civil por mora*; OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, en *Rivista Diritto Civile*, 1918, p. 208; ídem, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1964, N° 4, ps. 599 y ss.; ídem, *Impossibilità sopravveniente*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, 1962, t. VIII, n. 3 y 4, ps. 289 y ss.; SALAS, *Caso fortuito y ausencia de culpa*, en *Juris* 15-369; TRIGO REPRESAS, “*Casus*” y *falta de culpa*, en LL 1981-B-283; ídem, *El caso fortuito como eximente en la responsabilidad por riesgo de la cosa*, LL 1989-D-457; TUNC, *Force majeure et absence de faute en matière contractuelle*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1945, p. 235; PIZARRO, *Causalidad adecuada y factores extraños*, en TRIGO REPRESAS y STIGLITZ (dirs.), *Derecho de daños. Primera parte* (Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe), p. 255; ídem, *Tratado de la responsabilidad objetiva*, t. I, Cap. VII.

<sup>89</sup> El código anterior lo conceptuaba en su art. 514, en términos similares, como aquel que “no ha podido preverse o que previsto, no ha podido evitarse”.

<sup>90</sup> OSSOLA, *Obligaciones*, n. 425, ps. 776/777.

de la no realización de la prestación debida (y de su imposibilidad sobreviniente) se desplaza al *casus*, no siendo razonable, ni justo, mantener al deudor obligado a cumplir una prestación que ha devenido imposible fortuitamente, por causas no imputables, ni descargar sobre él consecuencias resarcitorias derivadas de ese hecho.

En uno y otro caso, opera una causa ajena<sup>91</sup>.

b) En el ámbito extracontractual o aquiliano, en cambio, el caso fortuito exime al responsable (art. 1730, Cód.Civ.Com.), al obstar a la configuración del indispensable vínculo de causalidad entre su conducta y el daño. El detrimento no aparece, de tal modo, como resultado de la acción del sujeto (demandado) sino del caso fortuito<sup>92</sup>.

En ciertos supuestos de excepción, la ley contempla criterios de responsabilidad más estrictos y no admite la eximente basada en el caso fortuito, poniendo el mismo en cabeza del sindicado como responsable. La mayor parte de las legislaciones modernas sobre accidentes de automotores, como por ejemplo la de Francia, siguen ese criterio, dentro de un contexto marcadamente protector para el damnificado que consagra, paralelamente, un sistema de seguro obligatorio con fondo de garantía. En otras oportunidades, el legislador desecha el carácter fortuito de ciertos sucesos genéricos que ordinariamente son considerados como *casus*, exigiendo que éste presente ciertas notas específicas. Así, por ejemplo, en materia de accidentes nucleares, la Convención de Viena (ley 17.048), en su artículo IV, párrafo 3º, sólo admite como

<sup>91</sup> LÓPEZ MESA, *Derecho de las obligaciones*, t. I, p. 496.

<sup>92</sup> La doctrina clásica argentina ubica al caso fortuito como hipótesis vinculada con la teoría de la culpabilidad y como un supuesto de inimputabilidad o de irresponsabilidad del deudor (Cazeaux, Busso, Colmo, Salvat y Galli, Llambías). En posición contrastante, la tendencia más moderna, con mejor metodología y mayor depuración conceptual, liga la figura del *casus* a la relación de causalidad, cuya interrupción total o parcial provoca (Alterini, Ameal, López Cabana, Goldenberg, Bustamante Alsina, Compagnucci de Caso).

eximente la prueba del dolo o culpa grave de la víctima, o la fuerza mayor extraña a la explotación resultante de “conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección”, descartando otras manifestaciones posibles del *casus*.

### 1924. § 502. Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencias conceptuales entre ambos. Asimilación legal

El código civil anterior no definía la fuerza mayor, aunque tanto en la nota al artículo 514 (“...los casos de fuerza mayor son hechos del hombre, como la guerra, el hecho del soberano o fuerza del príncipe...”) como en diferentes artículos (v. gr., art. 1526), hacía expresa referencia a ella.

Esto llevó a nuestros juristas a preguntarse si ambas nociones –caso fortuito y fuerza mayor– representaban conceptos equivalentes (o, al menos, no diferenciados) o si, por el contrario, tenían un significado propio, que permitiera diferenciarlas conceptual y funcionalmente<sup>93</sup>.

La doctrina nacional mayoritaria se inclinó por no distinguir el caso fortuito de la fuerza mayor, al menos en lo referido a los efectos que producen. Se sostenía, con buen criterio, que la ley había realizado una asimilación total entre ambas nociones, plasmada de modo evidente en una serie de normas en donde se las mencionaba de manera indistinta o como expresiones equivalentes (arts. 513, 889, 893, 1522, 1517, 1526, etc.)<sup>94</sup>.

<sup>93</sup> LÓPEZ MESA, en TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. I, p. 833.

<sup>94</sup> CAZEAUX, en CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. I, ps. 502/506; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, n. 706, p. 307; ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, t. 4, ps. 300, 301 y ss., quien señala acertadamente que las disquisiciones relativas a distinguir caso fortuito de fuerza mayor “tienen sólo un valor didáctico, ya que tanto el caso fortuito como la fuerza mayor producen similares efectos prácticos: impiden o atenúan la responsabilidad, según operen como causa exclusiva o como

El nuevo código civil y comercial sigue esas ideas y en forma expresa emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos (art. 1730)<sup>95</sup>.

Si bien, entonces, desde una perspectiva legal ambas expresiones son equivalentes y producen similares efectos, se advierte en doctrina criterios disímiles a la hora de determinar conceptualmente qué es caso fortuito y qué es fuerza mayor.

- a) Para algunos, el caso fortuito queda reducido a los hechos de la naturaleza, en tanto que la fuerza mayor comprende el hecho del Estado, el cual es modernamente responsable por su obrar antijurídico y dañoso y del hecho del tercero, quien también es responsable<sup>96</sup>.

A diferencia de lo que sucede en los supuestos de hecho de la víctima o de un tercero extraño (en donde el perjuicio se relaciona con la conducta de un sujeto determinado, distinto del incumpliente o del demandado), en materia de caso fortuito el detrimento no obedecería al hecho de una persona, sino que resultaría de circunstancias de la naturaleza, imprevisibles e inevitables. Existiría una causa ajena, no sólo respecto al demandado sino a cualquier persona.

Concebido de esta manera, el caso fortuito debería quedar reducido al hecho de la naturaleza y distinguido conceptualmente del hecho del Estado o de cualquier otro

concausa”; LÓPEZ MESA, en TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. I, ps. 832/833.

<sup>95</sup> Utiliza la locución “caso fortuito” en los artículos 763, 792, 955, 1201, 1203, 1268, 1371, 1413, 1536, inc. d; 1730, 1731, 1767, 1787, 2515, entre otros; y “fuerza mayor” en el art. 1258. En otras normas las emplea unidas por la conjunción “o” (art. 955, 1203, 1371, 1730). Ver LÓPEZ MESA, *Derecho de las obligaciones*, t. I, p. 489.

<sup>96</sup> SALVAT y GALLI, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, t. I, n. 144, p. 152; BUSSO, *Código civil anotado*, t. III, p. 301, n. 8 y 9; LAFAILLE, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. I, ps. 180 y ss., n. 189, y p. 182, n. 192; LÓPEZ MESA, en TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. I, p. 833.

tercero extraño. En estos supuestos, la causa adecuada del daño tendría su origen en la conducta de dichos sujetos, quienes, según las circunstancias, podrían verse obligados a resarcir<sup>97</sup>.

- b) Conforme a otra posición, el caso fortuito comprende tanto el hecho del Estado como la acción de un tercero, como el hecho de la naturaleza, aun cuando conceptualmente puedan ser distinguidos<sup>98</sup>. Un acto del Estado –dice Brebbia– “puede resultar caso fortuito o fuerza mayor, y sin embargo, no originar responsabilidad para el Estado, como ocurriría, por ejemplo, si éste modificare el régimen de cambio, haciendo imposible la importación de determinadas mercaderías, y un locador de obra no pudiese cumplir con su obligación. En tal supuesto el Estado no va a responder frente al locador, no obstante representar un caso fortuito o de fuerza mayor”<sup>99</sup>.
- c) Por nuestra parte, aceptamos que desde un punto de vista estrictamente conceptual, pueda distinguirse entre el caso fortuito (hecho de la naturaleza), hecho de un tercero extraño y hecho de la víctima, a la hora de caracterizar los distintos supuestos que pueden configurar la causa ajena. Admitimos también que tal construcción denota una ponderación más exacta del fenómeno que nos ocupa, y fija límites más precisos entre el *casus* y el hecho del tercero.

<sup>97</sup> MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. IV, *Eximentes*, ps. 46/47. En este sentido se pronunció el despacho a, de las V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, octubre de 1978, suscripto por Mosset Iturraspe, Goldenberg y Garrido. Ver *Temas de responsabilidad civil (Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil)*, ps. 115 y ss.

<sup>98</sup> Fue la posición sustentada, en las citadas Jornadas Sanrafaelinas de 1978 por Compagnucci de Caso, Kemelmajer de Carlucci y R. Brebbia, entre otros (ver *Temas de derecho civil [Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil]*, ps. 80/88, 94/95 y 97/107). En sentido coincidente: ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, p. 301; PIZARRO, *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa*, p. 487.

<sup>99</sup> Ver *Temas de derecho civil (Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil)*, ps. 80/88.

Sin embargo, a la luz de nuestro derecho positivo y desde el punto de vista de los efectos, nada obsta a que el hecho del tercero pueda, en ciertos supuestos, configurar un caso fortuito o de fuerza mayor.

La incidencia que tal circunstancia pueda provocar en el nexo de causalidad en cuestión (el que vincula al presunto responsable con la víctima o al deudor incumpliente con el acreedor) debe ser distinguida de la posible imputación material que se pueda efectuar al tercero, y más aún, de la eventual responsabilidad civil que a éste le pueda o no corresponder, según los casos<sup>100</sup>.

Se ha señalado también que en los días que corren “la mayoría de los casos fortuitos no reconocen su origen en sucesos naturales (que el avance tecnológico permite controlar cada vez más), sino

<sup>100</sup> Se han formulado, también, otros pretendidos distinguos entre ambas figuras, sobre todo en el derecho comparado, que mencionamos sintéticamente ya que tienen poca relevancia y sustento normativo en nuestro derecho:

a) El caso fortuito proviene de hechos *imprevisibles*, en tanto la fuerza mayor se configura cuando la acción ajena es inevitable, irresistible o insuperable (Ripert y Boulanger, t. IV, p. 479, cit. por CAZEAUX, en CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. I, p. 503).

b) El caso fortuito concierne a hechos de la naturaleza (terremoto, ciclón, maremoto, etc.); la fuerza mayor, al hecho del hombre (hecho del príncipe, robo, atentado terrorista, guerra, etc.). Éste fue el criterio clásico que surgía del *Digesto*, aunque en el derecho romano se asignaba a ambos similares efectos (conf.: SALVAT y GALLI, *Obligaciones*, t. I, n. 144, p. 152; BUSSO, *Código*, t. III, p. 301, n. 8 y 9).

c) El caso fortuito se configura cuando el hecho es imprevisible e inevitable para un deudor común, en tanto la fuerza mayor toma en cuenta para su ponderación a un deudor más diligente, atendiendo objetivamente a sus aptitudes personales (COLIN y CAPITANT, *Derecho civil*, t. III, p. 27).

d) El caso fortuito concierne a aspectos internos a la relación obligacional y al ámbito de la organización empresarial de las partes; la fuerza mayor, en cambio, a datos externos. Es la tesis de Exner, a la que haremos referencia detenida más adelante en texto, según la cual sólo la fuerza mayor actúa como eximente, por ser la única exterior al ámbito o círculo de actividad de ambas partes. El caso fortuito, en cambio, representaría un acontecimiento que se produce en el interior de dicho ámbito. Sobre el tema, puede consultarse con provecho: MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. IV, *Eximentes*, ps. 41 y ss.; CAZEAUX, en CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. I, ps. 502/506.

en acciones humanas ajenas al demandado y que éste no puede impedir. De tal modo, los avatares económicos en países extranjeros pueden repercutir lesivamente en los negocios de otros países (el ‘efecto tequila’, ‘caipiriña’ y similares), así como los atentados terroristas causan muertes y destrucción de bienes y hasta desvalorización venal de inmuebles próximos. Eventualmente dichos sucesos determinan una imposibilidad para cumplir contratos, que no es causalmente imputable a los deudores sino a casos fortuitos”<sup>101</sup>.

### 1925. § 503. Caracteres del caso fortuito

Para que un hecho constituya caso fortuito o fuerza mayor, debe reunir estos requisitos: ser imprevisible, inevitable, actual, ajeno al presunto responsable y, en su caso, extraño al riesgo o vicio de la cosa o de la actividad desarrollada por el demandado.

En materia *obligacional*, debe, además, ser sobreviniente al nacimiento de la obligación y representar un obstáculo insalvable para el cumplimiento.

Analizaremos cada uno de dichos requisitos.

#### 1926.a) Imprevisible

El hecho debe ser objetivamente imprevisible para el agente, según la experiencia de vida, conforme al curso normal y ordinario de las cosas<sup>102</sup>. Se trata de una cuestión de hecho, que debe ser valorada por los jueces, caso por caso, atendiendo razonablemente a las circunstancias, con amplio poder de apreciación<sup>103</sup>. La normalidad y frecuencia, la probabilidad de su realiza-

<sup>101</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, t. IV, p. 301.

<sup>102</sup> OSSOLA, *Obligaciones*, n. 426, p. 777; LÓPEZ MESA, *Derecho de las obligaciones*, t. I, ps. 516 y ss.

<sup>103</sup> LÓPEZ MESA, en TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. I, p. 844; ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones*, n. 837, p. 357; CAZEAUX, en CAZEAUX y TRIGO REPRESAS,

ción y su carácter excepcional y a veces hasta sorprendente, son parámetros computables a tal fin<sup>104</sup>. Un movimiento sísmico de cierta intensidad, por ejemplo, puede ser imprevisible en Ciudad Autónoma de Buenos Aires o en Rosario; no así en San Juan; del mismo modo, el viento Zonda que desprende una rama de un árbol, por intenso que sea, no constituye un caso fortuito en Mendoza<sup>105</sup>.

La previsibilidad, que debe ser tenida en cuenta a la hora de calibrar si el hecho configura un *casus*, guarda rigurosa simetría con la que caracteriza la relación de *causalidad adecuada*. Es una previsibilidad que debe estar conectada con estándares de carácter abstracto (el hombre común, el hombre avezado, el profesional, etc.) y no una previsibilidad de carácter predominantemente subjetivo, como la que caracteriza a la *culpabilidad*.

Conforme a lo expuesto, la previsibilidad o imprevisibilidad debe ser apreciada objetivamente en base a parámetros de razonabilidad, atendiendo *en abstracto* a lo que ordinariamente sucede desde una perspectiva causal, *ex post facto*, sin que ello importe, por cierto, exigir una dosis adivinatoria al sujeto<sup>106</sup>. En palabras de Le Tourneau y Cadiet “la imprevisibilidad no es una vaga probabilidad de realización, si no todos los eventos serían previsibles; decir que un evento es imprevisible significa que no hay ninguna razón para pensar que él se producirá”<sup>107</sup>.

No se trata, pues, de la previsibilidad propia de la culpabilidad, que se pondera principalmente desde el punto de vista interior del agente en el caso concreto, por su comportamiento exteriorizado frente al hecho producido. La no distinción de estos as-

*Derecho de las obligaciones*, t. I, ps. 506/507; LÓPEZ MESA, en TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. I, ps. 844/845.

<sup>104</sup> LÓPEZ MESA, *Derecho de las obligaciones*, t. I, p. 516.

<sup>105</sup> SCJ de Mendoza, sala I, 2-7-96, *Voces Jurídicas*, abril de 1997, t. 2, p. 147.

<sup>106</sup> CAZEAUX, en CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. I, ps. 506/507; BUSO, *Código civil anotado*, t. III, p. 311, n. 74. De allí que los atentados terroristas sean, como regla, objetivamente imprevisibles.

<sup>107</sup> LE TOURNEAU y CADIET, *Droit de la responsabilité*, p. 298, n. 11, cit. por LÓPEZ MESA, *Derecho de las obligaciones*, t. I, p. 517, texto y nota 186.

pectos ha provocado en buena parte de nuestra doctrina no pocas confusiones y han conducido a un camino errado: asimilar el caso fortuito a falta de culpabilidad.

Desde esa perspectiva, el grado de previsibilidad objetiva puede variar según la calidad que ostente el agente. No es similar la aptitud que objetivamente debe tener un médico para prever ciertas consecuencias atinentes a su actividad que aquellas que ostenta una enfermera o una persona que carece de conocimientos sobre las ciencias médicas. Es importante no olvidar la regla del artículo 1725 del código civil y comercial: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de sus consecuencias”.

La imprevisibilidad debe ser juzgada al momento de producirse el hecho dañoso, en materia extracontractual o al de nacimiento de la obligación, en el ámbito del incumplimiento obligatorio.

### 1927.b) Inevitable (o irresistible)

El hecho debe ser inevitable o irresistible, lo cual supone que conforme al curso normal y ordinario de las cosas, resulte no susceptible de ser contrarrestado por el sujeto<sup>108</sup>. La nota al artículo 514 del código anterior menciona como ejemplos, la impetuosidad de un río que sale de cauce, los terremotos o temblores de tierra, las tempestades, el incendio, la guerra, el hecho del soberano o del príncipe.

En verdad, la *inevitabilidad* es el rasgo más relevante y decisivo del *casus*, a punto que aun un hecho previsible que resulte inevitable quedará encuadrado dentro de dicho ámbito<sup>109</sup>. Así,

<sup>108</sup> LÓPEZ MESA, *Derecho de las obligaciones*, t. I, p. 519.

<sup>109</sup> LÓPEZ MESA, en TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. I, p. 846; CAZEAUX, en CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. I, p. 507; SALVAT y GALLI, *Tratado de derecho*

por ejemplo, un huracán o un tornado pronosticados por el servicio meteorológico son hechos previsible objetivamente pero inevitables, configurativos del *casus*, pues el suceso deviene irresistible o insuperable, constituyendo un obstáculo invencible que no es posible remover a través de esfuerzos normales y razonables.

Para evaluar la inevitabilidad o irresistibilidad del hecho, habrá que tomar en cuenta las circunstancias del caso, en base a parámetros predominantemente objetivos, propios del plano de la relación causal, como los señalados anteriormente.

### 1928.c) Actual

Es preciso que el hecho constitutivo del caso tenga incidencia actual, y no trasunte, meramente, una amenaza o una imposibilidad eventual. “Se trata de una actualidad lógica antes bien que cronológica”, dicen con acierto Alterini, Ameal y López Cabana, quienes ponen como ejemplo el de la cosa cierta vendida que se pierde por un hecho fortuito antes de la fecha prevista para la entrega (arts. 755, 955 y concs., Cód.Civ.Com.), supuesto en el cual el vendedor queda liberado de la obligación porque el hecho fortuito provoca el incumplimiento, aunque éste, en verdad, se consume con posterioridad<sup>110</sup>.

Los razonamientos vertidos anteriormente parten de la base de asociar las nociones de actualidad con certidumbre del efecto; por contraposición, lo futuro es ligado a eventualidad. Desde esa perspectiva, se afirma que, como regla, un hecho futuro no es idóneo para configurar caso fortuito.

Sin embargo, no siempre lo futuro es eventual e inidóneo

civil argentino. *Obligaciones*, t. I, ps. 155 y ss., n. 145; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, n. 713, p. 308; CSJN, 11-2-2003, JA 2003-III-106.

<sup>110</sup> ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones*, n. 837, d. p. 358; LÓPEZ MESA, *Derecho de las obligaciones*, t. I, p. 523.

por sí mismo para configurar un *casus*. “Si la eventualidad de un acontecimiento está muy próxima a actualizarse –señala CAZEUX– pueden darse situaciones excepcionales que deben ser consideradas como incluidas en esta causal. En los tribunales franceses se cita en este orden de ideas el caso “*Lamoureux*”, en el cual se trató el problema de una obra de teatro cuya representación debió ser suspendida debido a las amenazas del público de destruir la sala de espectáculos, y ante la inminencia de las circunstancias, se consideró que había existido fuerza mayor”<sup>111</sup>.

### 1929.d) Ajeno o extraño al presunto responsable o al deudor

El hecho debe ser ajeno –en el sentido de *extraño*– al sindicado como responsable o al deudor en el incumplimiento obligacional, lo cual supone que se produzca fuera de su esfera de actuación, sin que haya colocado ningún antecedente causalmente idóneo que haga posible el suceso lesivo sobreviniente<sup>112</sup>. La extraneidad se valora tomando en cuenta la perspectiva del sindicado como responsable. De allí que “no constituyen caso fortuito las explosiones provenientes de una fábrica militar respecto de sus propietarios, pero sí con relación a los vecinos que reciben los impactos”<sup>113</sup>.

La cuestión fue advertida por el jurista austríaco Adof Exner, en una obra escrita en la segunda mitad del siglo XIX (*De la*

<sup>111</sup> CAZEUX, en CAZEUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. I, p. 510.

<sup>112</sup> ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones*, n. 837, c. p. 358; CAZEUX, en CAZEUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. I, ps. 510/511; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, n. 714, p. 309; ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, t. 4, ps. 304/305; CNCiv., sala D, 14-10-98, LL 1999-B-707.

<sup>113</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, t. 4, *Presupuestos y funciones del derecho de daños*, n. 39, p. 30.

*fuerza mayor en el derecho mercantil romano y actual*), para quien era requisito indispensable, para que la fuerza mayor libere al deudor, el carácter exterior del hecho constitutivo de la misma<sup>114</sup>. Dicha exigencia imponía que el hecho dañoso debía generarse fuera del ámbito de la empresa, negocio o de las actividades del deudor. O lo que es igual, ser extraño a su ámbito de actuación<sup>115</sup>. Por oposición, los hechos producidos *dentro* de la esfera de acción del obligado no son aptos para configurar el *casus* (v. gr., estallido de una caldera, daños causados por la actividad de dependientes o auxiliares, etc.).

A la exterioridad del hecho, Exner sumaba otros dos requisitos para configurar la fuerza mayor: extraordinariedad y notoriedad del hecho. Su tesis comprime indudablemente la operatividad del caso fortuito y fue valorada negativamente en un primer momento por la doctrina nacional, que le imputó adolecer del defecto general de todas las escuelas que mecanizan las relaciones jurídicas y se alejan de la realidad<sup>116</sup>. La crítica, sin embargo, es injustificada pues parte de un concepto erróneo de caso fortuito: aquel que asimila el *casus* a la ausencia de culpa<sup>117</sup>.

<sup>114</sup> Exner distingue el caso fortuito de la fuerza mayor, afirmando que sólo ésta es causal de eximición de responsabilidad, no así el primero. Para que se configure la fuerza mayor se requieren tres requisitos: 1) Exterioridad del hecho, lo cual supone que deba desplegarse fuera del ámbito de la empresa o de la actividad del deudor. O lo que es igual, que irrumpa desde “afuera”. De allí que lo que acontezca “dentro” del ámbito de actividad del deudor no libera; 2) Extraneidad del hecho, el cual debe ser excepcional, extraordinario. Un hecho común, ordinario, corriente, no configura *casus*; 3) Notoriedad del hecho. Debe tratarse de un hecho público, notorio, conocido por todos.

<sup>115</sup> CNCiv., sala K, 14-3-91, JA 1991-III-448.

<sup>116</sup> CAZEAUX, en CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. I, p. 504; LÓPEZ MESA, *Derecho de las obligaciones*, t. I, ps. 510 y ss.

<sup>117</sup> Recuerda Mosset Iturraspe (*Responsabilidad por daños*, t. IV, *Eximentes*, ps. 37 y ss.) que la doctrina clásica señala como rasgo distintivo del *casus* a la inexistencia de toda conducta culposa. Dicho de otro modo: se equipara el *casus* a la ausencia de culpa, sin que sea necesario que sea un hecho extraño al deudor. El *casus* comienza

Una vez superada esa confusión, la teoría de Exner cobró especial relieve y actualidad, pues resulta útil para deslindar ambos campos.

No extraña que aparezca fuertemente ligada a lo que hoy conocemos como responsabilidad objetiva por riesgo creado, aunque no es en modo alguno desechable en otros ámbitos. Ha tenido enorme importancia no sólo para posibilitar una concepción apropiada del caso fortuito o fuerza mayor, sino también para asignarle el carácter verdaderamente excepcional que debe tener, so riesgo de una completa desvirtuación del sistema.

Precisamente en materia de daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, o de la actividad desplegada (arts. 1757 y 1758, Cód.Civ.Com.), y también en los demás casos de responsabilidad objetiva, la doctrina nacional ha puesto énfasis en este requisito, señalando que el *casus* sólo exime al presunto responsable cuando está fuera de la cosa o de la actividad productora del daño (arg. art. 1733, inc. e, *in fine*). Dicho de otra manera: el suceso debe ser totalmente ajeno al riesgo o vicio de la cosa o de la actividad desplegada. El mismo criterio campea en la responsabilidad del prestador de una caja de seguridad (art. 1413) y del propietario de casas de depósito (art. 1376).

El *casus* interior o interno (conexo o inherente al riesgo de la actividad desplegada o de la cosa) no puede ser computado a tales fines, pues está *dentro* del riesgo propio o específico de la cosa o de la actividad desarrollada y no es, por ende, extraño o ajeno al responsable<sup>118</sup>. La “interioridad” del hecho lo torna

allí donde termina la culpa. La insuficiencia de esta construcción es evidente: probar la diligencia o la prudencia no es acreditar el caso. Esto último requiere la demostración de hechos positivos que actúan sobre la prestación o sobre la causación del daño en materia extracontractual.

<sup>118</sup> La doctrina es pacífica en tal sentido. Ver: ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, t. 4, p. 306; TRIGO REPRESAS, *Dueño y guardián en la responsabilidad civil por daños causados por automotores*, en LL 1981-A-695 y ss.; PIZARRO, *Tratado de la responsabilidad objetiva*, t. I, ps. 353 y ss.; CNCiv., sala K, 14-3-91, JA 1991-III-448.

previsible objetivamente<sup>119</sup>. Prueba de ello es que la ley obliga al dueño o guardián a reparar los daños causados por el vicio de la cosa. El mismo criterio da sustento en materia de riesgos del trabajo a la solución normativa del artículo 6° de la ley 24.557.

También se asocia el requisito de la extraneidad al de ausencia de reproche subjetivo o culpa en la conducta del deudor o del sindicado como responsable (v. gr., el deudor no puede transferir el automotor vendido en razón de una inhibición trabada por un acreedor de aquél, sobre sus bienes; o si tratándose de una prestación *intuitu personæ*, el deudor no puede cumplir en razón de haberse enfermado por causas a él imputables, v. gr., sobre dosis de drogas). Dicha relación es indudable, pues si ha mediado culpa en la conducta del deudor y ella tiene vinculación causal con el hecho que impide cumplir la obligación o que provoca el daño, el *casus* no se configura. Culpa y caso fortuito son nociones incompatibles.

### 1930.e) Sobrevenido

En materia de incumplimiento obligacional, es preciso que el hecho sea sobreveniente al nacimiento de la obligación. Si, en cambio, fuese genético, la obligación no habría llegado a existir por ausencia de uno de sus presupuestos esenciales<sup>120</sup>. La doctrina es unánime.

### 1931.f) Obstáculo absoluto e insuperable para el cumplimiento de la obligación

También en materia obligacional, es preciso que el hecho

<sup>119</sup> MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. IV, *Eximentes*, p. 39.

<sup>120</sup> Nos ocupamos del tema en PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, t. 1, n. 39, b, ps. 148 y ss., y t. 3, n. 626 y ss., ps. 307 y ss. Sobre el tema, ver, además: BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, n. 715, p. 309; LÓPEZ MESA, en TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. I, p. 847.

provoque un obstáculo insuperable para el cumplimiento de la obligación. O, lo que es igual, una imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación (art. 955, Cód. Civ.Com.).

En verdad, no se trata de un requisito propio del hecho en sí mismo considerado, sino de una incidencia o efecto que produce. Pese a ello, cabe insistir en que el caso fortuito, para ser tal, debe provocar un obstáculo absoluto e insuperable para el cumplimiento de la obligación.

Estaremos ante una imposibilidad material o jurídica objetiva, referida al contenido intrínseco de la prestación, con prescindencia de los aspectos puramente subjetivos del deudor, salvo que estos últimos conciernan directamente al objeto de la relación, como ocurre en las prestaciones *intuitu personæ*.

La imposibilidad debe, además, ser absoluta, no superable por las fuerzas humanas. Una mera dificultad no alcanza a configurarla.

Finalmente, la imposibilidad debe ser, como regla, definitiva. Una imposibilidad meramente temporal, impositiva del cumplimiento mientras duren los efectos del caso fortuito, tiene también efectos de importancia, pues si bien no extingue la obligación, exonera al deudor de los daños y perjuicios moratorios.

También la imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y *temporaria* de la prestación producida por el *casus* tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial o cuando su duración frustra irreversiblemente el interés del acreedor (art. 956).

Nos hemos ocupado con mayor detenimiento de las cuestiones vinculadas con la imposibilidad sobrevenida en otra obra, adonde remitimos<sup>121</sup>.

<sup>121</sup> Ver PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, t. 3, n. 626 y ss., ps. 307 y ss.

**1932. § 504. Casuística**

Veamos cuáles son los principales supuestos en los que se ha hecho aplicación doctrinaria y jurisprudencial del caso fortuito<sup>122</sup>.

**1933.a) Hechos de la naturaleza**

Se mencionan dentro de esta especie:

- 1) Los terremotos, maremotos u otros cataclismos similares; ciclones, huracanes, tornados, rayos<sup>123</sup>.
- 2) La niebla<sup>124</sup>, las lluvias, temporales de viento<sup>125</sup>, nieve o granizo, inundaciones, sequías, crecientes de ríos, siempre que por su magnitud se trate de fenómenos extraordinarios, poco comunes en función de las circunstancias de tiempo y lugar. Por el contrario, los fenómenos de la naturaleza previsibles u ordinarios, aunque graves, no constituyen *casus* (nota al art. 514). La doctrina es unánime.
- 3) Las epidemias y pestes generalizadas<sup>126</sup>.
- 4) La enfermedad inculpable del deudor que le impide cumplir, solamente cuando se trate de prestaciones *intuitu personae*, que por definición requieren de la ejecución específica por el propio obligado, sin posibilidad alguna de sustitución.

<sup>122</sup> Un completo estudio del tema se encuentra en LÓPEZ MESA, en TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. I, ps. 862 y ss., con abundante cita de doctrina y jurisprudencia.

<sup>123</sup> CAZEAUX, en CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. I, p. 511; BUSSO, *Código civil anotado*, t. III, ps. 311 y ss.

<sup>124</sup> CNCiv., sala H, 12-11-99, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2000-874 (75-S); sala A, 12-11-99, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2000-520.

<sup>125</sup> CNCCom., sala D, 29-9-99, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2000-873 (74-S).

<sup>126</sup> CAZEAUX, en CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. I, p. 511.

**1934.b) Hechos del hombre**

Se mencionan como principales ejemplos:

- 1) Las órdenes o prohibiciones imperativas emanadas de la autoridad pública, que impidan cumplir (v. gr., expropiación de un bien, prohibición de comercializar determinados productos, o de importarlos o exportarlos, etc.). No importa la legitimidad o ilegitimidad del acto de la autoridad, sino si el agente no está en condiciones de resistirlo de manera eficaz.
- 2) La guerra, revoluciones o sucesos similares, siempre que impidan el cumplimiento de la prestación y se den todos los requisitos anteriormente señalados.
- 3) Hechos de terceros. Puede también configurar *casus* el hecho de un tercero extraño, que reúna los requisitos anteriormente señalados, que torne imposible el cumplimiento de la prestación (v. gr., robo, que supone necesariamente fuerza en las cosas o violencia en las personas [art. 164, Cód. Pen.], no imputable al damnificado; atentado terrorista, etc.)<sup>127</sup>.
- 4) Huelgas. Se admite que, en principio, la huelga no constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor. Sin embargo, excepcionalmente, puede configurarlo si, además de los requisitos señalados anteriormente, se trata de una huelga general, que abarque a todo un gremio o, con mayor razón, a todos ellos o a una parte importante de los mismos, particularmente cuando es declarada ilegal y afecte a personal especializado que no es dable sustituir<sup>128</sup>.

<sup>127</sup> CAZEAUX, en CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. I, p. 516; CSJN, 11-2-2003, JA 2003-III-106; CNFed.CC, sala II, 21-3-2002, JA 2003-I-459; CNFed.CAdm., sala I, 7-3-2000, LL 2000-E-81; CNCiv., sala C, 15-9-2003, LL 2004-B-150; sala I, 18-7-2002, JA 2002-IV-330.

<sup>128</sup> CAZEAUX, en CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. I, ps. 517/519; LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. I, n. 202, p. 227; BUSSO, *Código civil anotado*, t. III, p. 318, n. 129/131.

5) Avatares económicos. Pueden constituir caso fortuito, si se dan los requisitos antes señalados, ciertos avatares económicos provenientes de países extranjeros que repercuten en los mercados, en el marco de una economía regional (y mundial) fuertemente globalizada (v. gr., efecto *tequila* y otros similares)<sup>129</sup>.

### 1935.c) Supuestos que no constituyen caso fortuito o fuerza mayor

En contraposición, se ha considerado que no constituyen *casus*:

- 1) Las meras dificultades en el cumplimiento de la obligación, cualquiera sea la causa que las provoque<sup>130</sup>.
- 2) La rotura de maquinarias (calderas, automóviles, etc.), pues tales eventos son siempre objetivamente previsibles y no resultan extraños al agente o al deudor<sup>131</sup>.
- 3) El hundimiento de paredes por mala condición del suelo, la baja de marea en zona costera, cuando no excede de los parámetros regulares, la explosión de un neumático, la hidrofobia de un perro, la niebla, o la llovizna, etcétera<sup>132</sup>.
- 4) El hurto simple de una cosa (art. 162, Cód. Pen.), en cuanto supone una distracción o descuido del damnificado.
- 5) Los daños sufridos por los pasajeros con motivo de una detención brusca del conductor, o de una colisión con otro vehículo.

<sup>129</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, t. IV, p. 301.

<sup>130</sup> La doctrina es unánime.

<sup>131</sup> CAZEAUX, en CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. I, ps. 517/519; LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. I, n. 202, p. 227; BUSSO, *Código civil anotado*, t. III, p. 318, n. 129/131.

<sup>132</sup> BUSSO, *Código civil anotado*, t. III, p. 312, n. 85 y 90; CAZEAUX, en CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. I, p. 520.

- 6) La enfermedad del deudor o su muerte, cuando no se trate de prestaciones *intuitu personae*<sup>133</sup>.
- 7) Las plagas o pestes, salvo que por sus características puedan reunir los requisitos anteriormente estudiados.
- 8) La traba del pedal del cauterizador utilizado por el cirujano codemandado en la intervención quirúrgica del damnificado, que provoca quemaduras al paciente, no constituye caso fortuito que exima de responsabilidad al nosocomio demandado<sup>134</sup>.
- 9) La presencia de una infección hospitalaria no exime de responsabilidad al nosocomio por el daño sufrido por el paciente, pues aun siendo irresistible constituye un caso fortuito interno a la actividad desplegada que no produce efecto liberatorio alguno<sup>135</sup>.
- 10) Las condiciones climáticas, a menos que revistan carácter extraordinario<sup>136</sup>.
- 11) El robo de valores en una caja de seguridad<sup>137</sup>.

### 1936. § 505. El papel del caso fortuito como eximente. Caso fortuito y falta de culpabilidad (no culpa)

¿Cabe identificar caso fortuito con ausencia de culpa (no culpa)?

La cuestión presenta gran importancia y ha dado lugar a opiniones encontradas.

<sup>133</sup> SALVAT y GALLI, *Obligaciones*, t. I, p. 168; LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. I, n. 205, p. 237.

<sup>134</sup> CNFed.CC, sala II, 11-5-99, *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2000-511.

<sup>135</sup> CNCiv., sala C, 5-9-2000, JA 2001-II-571.

<sup>136</sup> CNCiv., sala E, 28-4-2000, LL 2000-D-483 (brisas y lluvias); sala A, 12-11-99, *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2000-520 (niebla); CNCom, sala D, 29/9/1999, *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2000-873 (vientos de más de 100 km por hora).

<sup>137</sup> CNCom., sala B, 30-12-98, JA 1999-IV-248.

### 1937.a) El caso fortuito como noción idéntica a la falta de culpa

Según una primera posición, tributaria de ideas subjetivistas, habría identidad entre ambos conceptos. El *casus* constituiría un supuesto de inimputabilidad o de irresponsabilidad del responsable por falta de culpabilidad. Allí donde termina la culpa, comienza el *casus*. El caso fortuito es ausencia de reproche subjetivo al incumpliente o al autor del daño.

Conforme a este razonamiento, el incumplimiento es imputable al deudor por dolo o culpa, o no lo es, en cuyo caso estamos en el terreno del caso fortuito o fuerza mayor<sup>138</sup>.

Como se advierte, una concepción netamente *subjetiva* del *casus*, que se configura cuando el deudor emplea la diligencia debida y a pesar de ello no obtiene el resultado, lo cual marca una clara identidad entre caso fortuito y falta de culpa.

Esta expresión, en su versión más radical, llega inclusive a despojar a la eximente de sus notas más salientes (imprevisibilidad e irresistibilidad), definiéndola como aquella fuerza que no habría podido superarse con la diligencia de un buen padre de familia.

Otros, sin llegar a tal extremo, ponderan la imprevisibilidad como la inevitabilidad con criterio predominantemente subjetivo similar al que preside la culpabilidad, en función de una relación dada, lo cual es erróneo conforme lo señalado anteriormente.

Si se parte de la premisa de que la noción de caso fortuito es igual a la no culpa, tendremos que aceptar –coherentemente– dos consecuencias, que han sido bien señaladas por Bueres<sup>139</sup>:

1) Toda responsabilidad es subjetiva y en tal caso: o bien la

<sup>138</sup> PADILLA, *Responsabilidad civil por mora*, n. 50 y ss., ps. 1089 y ss.; CAZEAUX, en CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. I, p. 510; DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, p. 366.

<sup>139</sup> BUERES, *Responsabilidad contractual objetiva*, en JA 1989-II-964; ídem, *Incumplimiento de la obligación y responsabilidad*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

culpa debe ser demostrada por el acreedor, pudiendo el deudor, en su caso, anticiparse para probar la diligencia; o, en su defecto, presumirla hasta que el deudor prueba la falta de culpa (*casus*).

2) Se diluye la relevancia de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, “...pues el contenido de *todas las relaciones obligatorias sería la actividad diligente del deudor* (arts. 512, 902, 909 –a contrario–) y la modificación de la realidad a la que tiende la *actividad*, vale decir, *el resultado*, no debería necesariamente concretarse, en tanto en cuanto el *solvens* evidencia su no culpa, pues tal resultado *no sería debido ‘in obligatione’*, según propone un sector de la doctrina, o, con otro enfoque, entraría *in obligatione* al solo efecto de que se pueda individualizar la diligencia (o la negligencia), pero sería irrelevante *in solutione* si el deudor (que no alcanza el resultado) prueba su diligencia”<sup>140</sup>.

Ha observado Mosset Iturraspe, criticando a esta doctrina, que “probar la diligencia o prudencia no es demostrar el caso; éste requiere la prueba de hechos positivos que vienen a actuar sobre la prestación, en una zona, o a desencadenar el daño, en la otra. El límite de la responsabilidad del deudor va más allá de la ausencia de culpa, más allá de la diligencia media debida. El límite de la responsabilidad del deudor llega hasta el *casus*”<sup>141</sup>.

Existen claras diferencias entre el *casus* y la mera falta de culpa:

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

<sup>140</sup> BUERES, *Responsabilidad contractual objetiva*, en JA 1989-II-964; ídem, *Incumplimiento de la obligación y responsabilidad*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

<sup>141</sup> MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. IV, *Eximentes*, p. 38.

II. La *previsibilidad* en el tema de la culpa es predominantemente *subjetiva*; en materia de caso fortuito es *objetiva*.

III. Probar la falta de culpa significa “exhibir una conducta diligente desde el ángulo del agente de la misma, de manera tal de llevar al convencimiento del juez que ese obrar no era reprochable. Probar el caso fortuito o la fuerza mayor significa demostrar la existencia frente al sujeto de un hecho que no era posible prever o evitar, aunque tal conducta hubiese sido irreprochable, porque la fuerza genética o la preponderancia del mismo era excluyente de esta conducta en la producción del resultado”<sup>142</sup>.

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

Un ejemplo permitirá corroborar el error conceptual que significa asimilar *casus* a falta de culpa: supongamos que durante el transcurso de una intervención quirúrgica sobreviene un corte de energía eléctrica, que deja al cirujano sin posibilidad de utilizar los instrumentos necesarios y ello ocasiona la muerte del paciente. En tal caso, es fácil comprobar que el *casus* exime de responsabilidad.

Supongamos ahora que el corte de luz no se produce y que el paciente muere durante la operación por una circunstancia oculta. En tal caso le bastará al médico con probar que obró diligentemente, que puso los cuidados requeridos para dejar establecida su falta de culpa. Hay allí falta de culpa (no culpa), sin que pueda hablarse de caso fortuito o fuerza mayor.

<sup>142</sup> BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, n. 832, p. 343.

### 1938.b) Doctrina que distingue claramente el *casus* de la ausencia de culpa (no culpa). Nuestra opinión

Conforme a la doctrina más moderna, que compartimos, el caso fortuito *no debe ser asimilado ni identificado con la falta de culpabilidad*.

Se trata de dos eximentes distintas, que actúan sobre diferentes presupuestos de la responsabilidad. El *casus* –concebido como corresponde, bajo un prisma objetivo– *incide sobre el nexo causal*, destruyéndolo, lo que determina, como lógica consecuencia, la falta de autoría material del sindicado como responsable. El deudor no se libera porque haya cumplido con la diligencia debida sino porque no es *autor* del incumplimiento por falta de causalidad material y jurídica. El incumplimiento no le es objetivamente imputable. Obvio es señalar que faltando el presupuesto de la relación causal y de la autoría, no tiene sentido formular ninguna indagación en torno a la culpabilidad de aquél.

Para que se configure la imposibilidad liberatoria por caso fortuito no basta, de tal modo, con la inculpabilidad del deudor, sino que es menester, *además*, la *exterioridad del hecho impeditivo*. La causa extraña.

La prueba de la ausencia de culpabilidad por parte del demandado no produce efecto alguno en el nexo de causalidad, que se desarrolla en un plano netamente diferente, sino que incide sobre el factor de atribución subjetivo (dolo o culpa), provocando la liberación.

La falta de culpabilidad no importa, por sí sola, un caso fortuito si no está acompañada de los demás caracteres que aquél debe reunir, y que hemos estudiado precedentemente.

En otras palabras: la ausencia de culpa puede existir *fuera del casus* y esto ha llevado a la doctrina a proclamar la existencia

de un tercer género, que seguramente no fue bien calibrado por Vélez, y que se ubica a mitad de camino entre la culpa probada y el *casus*<sup>143</sup>.

Como se advierte, el tema se vincula con los presupuestos de la responsabilidad civil y con las eximentes.

Dentro de un sistema de *responsabilidad subjetiva*, basado en la idea de culpa (especialmente cuando es presumida por la ley), como por ejemplo, el que caracteriza a las obligaciones de *medios*, debe alcanzar al sindicado como responsable para liberarse de toda consecuencia resarcitoria con probar que no hubo culpa. La eximente se orienta, básicamente, hacia el *factor subjetivo* de atribución con el propósito de desvirtuarlo, mediante la acabada demostración de un obrar diligente. La falta de culpa se corresponde de tal modo con la prueba del deudor de haber prestado diligentemente la conducta debida en una obligación de medios.

En cambio, dentro de un esquema de responsabilidad objetiva, basado en el riesgo creado o en otro factor objetivo de atribución, como el que es propio en las obligaciones de *resultado*, el enfoque de la cuestión asume un matiz diferente. Aquí la imputación se realiza con total *abstracción* de la idea de culpabilidad, razón por la cual la prueba de la *no culpa* por parte del demandado

<sup>143</sup> MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. IV, *Eximentes*, ps. 24 y ss., n. 7; ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, t. 4, p. 306; AL-TERINI y LÓPEZ CABANA, *El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual*, en *Derecho de daños*, p. 164; BUERES, *Responsabilidad contractual objetiva*, en JA 1989-II-964; ídem, *Incumplimiento de la obligación y responsabilidad*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998; TRIGO REPRESAS, “*Casus*” y *falta de culpa*, en LL 1981-B-283; LÓPEZ MESA, *Derecho de las obligaciones*, t. I, ps. 504 y ss.; AGOGLIA, BORAGINA y MEZA, *La exoneración de la responsabilidad contractual. La causa extraña no imputable*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 18, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; LÓPEZ MESA, en TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. I, ps. 839/840; PIZARRO, *Causalidad adecuada y factores extraños*, en *Derecho de daños. Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe*, p. 255.

es irrelevante e inapta por sí para liberarlo. Para alcanzar este objetivo deberá ir más lejos y probar la ruptura de nexo de causalidad entre el factor objetivo de atribución y el daño. Esto sólo se logrará demostrando la presencia de una causa ajena, entre las que naturalmente se encuentra el caso fortuito.

Por esa razón, la denominada “no culpa” o “ausencia de culpa” sólo comprende los casos de responsabilidad subjetiva, de manera especial aquellos en que la misma aparece presumida. En estos supuestos opera la liberación del responsable mediante la prueba de un obrar diligente. Con mayor razón, lógicamente, si demuestra la presencia de una causa ajena, circunstancia que hace actuar la eximente en forma directa sobre la relación de causalidad más que sobre el factor subjetivo de atribución. *Parece obvio reiterar que si se desvanece la autoría, resulta superfluo e innecesario indagar sobre la culpabilidad o inculpabilidad del agente*<sup>144</sup>.

### 1939. § 506. Prueba del caso fortuito

El caso fortuito no se presume y debe ser *alegado y probado* por quien lo invoca<sup>145</sup>. Así lo dispone el artículo 1736 del código civil y comercial en armonía con el artículo 337 del código procesal civil y comercial de la nación<sup>146</sup>. Es una consecuencia lógica de aplicar los principios generales del régimen probatorio, conforme al cual incumbe al acreedor demostrar la existencia del crédito y al deudor las circunstancias extintivas o impeditivas. Ello no obsta a que, tratándose de hechos notorios, la prueba

<sup>144</sup> El tema se vincula estrechamente con las obligaciones de medio y de resultado. En nuestra opinión, en estas últimas, el factor de atribución es objetivo, por lo que sólo puede liberarse el deudor probando la incidencia de una causa ajena. Conf.: BUERES, *Responsabilidad civil del escribano*, ps. 55/56; ídem, *El acto ilícito*, ps. 54/55; GESUALDI, *Responsabilidad civil*, p. 40; VÁZQUEZ FERREYRA, *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y Ley de Contrato de Trabajo*, p. 117.

<sup>145</sup> OSSOLA, *Obligaciones*, n. 427, p. 779; LÓPEZ MESA, *Derecho de las obligaciones*, t. I, ps. 548/549.

<sup>146</sup> CSJN, 28-4-98, Rep. ED 33-335.

resulte innecesaria (v. gr., guerras, terremotos, etc.)<sup>147</sup>. Rige en esta materia la amplitud de medios probatorios.

Una vez probada la existencia del *casus*, el acreedor que pretenda hacer valer la responsabilidad del deudor por el incumplimiento, deberá alegar y demostrar su irrelevancia, en aquellos supuestos en los que por convención o por disposición legal (art. 889) el deudor asume dichas consecuencias fortuitas.

#### 1940. § 507. Efectos del caso fortuito

Conviene distinguir, en esta materia, un principio general y sus excepciones.

##### 1941.a) Principio general

Conforme lo hemos señalado, el caso fortuito provoca la destrucción total o parcial del nexo de causalidad<sup>148</sup>.

En el ámbito del *incumplimiento obligacional* o contractual, produce dos efectos fundamentales:

- 1) Extingue la obligación por imposibilidad sobrevenida o imposibilidad de cumplimiento (arts. 955 y 956, Cód. Civ.Com.).

<sup>147</sup> CAZEAUX, en CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. I, ps. 526/527; LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. I, n. 206 y ss., ps. 231 y ss.; BUSO, *Código civil anotado*, t. III, n. 232 y ss., ps. 329 y ss.; SCJBA, 11-12-84, ED 120-684 (827-SJ); CNFed.CC, sala II, 11-6-91, ED 146-484.

<sup>148</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, t. 4, p. 306; BUERES, *Responsabilidad contractual objetiva*, en JA 1989-II-964; ídem, *Incumplimiento de la obligación y responsabilidad*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998; TRIGO REPRESAS, "Casus" y falta de culpa, en LL 1981-B-283; AGOGLIA, BORAGINA y MEZA, *La exoneración de la responsabilidad contractual. La causa extraña no imputable*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 18, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; PIZARRO, *Causalidad adecuada y factores extraños*, en *Derecho de daños. Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe*, p. 255.

- 2) Exime al deudor de responsabilidad por dicho incumplimiento (art. 1730, Cód.Civ.Com.).

En el campo de la *responsabilidad extracontractual* exime de responsabilidad al agente, en la medida de su incidencia causal, excepto disposición en contrario.

Conviene aquí distinguir distintos supuestos que pueden presentarse.

##### 1942.b) El caso fortuito es causa exclusiva del daño

Cuando esto sucede, se destruye totalmente el nexo de causalidad, lo cual determina la eximición del imputado (art. 1730, Cód.Civ.Com.)<sup>149</sup>.

En materia obligacional el *casus* puede determinar una imposibilidad definitiva o meramente temporaria.

En el primer supuesto, la obligación se extingue por imposibilidad sobrevenida, sin generar consecuencias resarcitorias (art. 955, Cód.Civ.Com.).

Cuando se trata de una imposibilidad temporal, el deudor deberá cumplir cuando desaparezca el obstáculo, sin responsabilidad alguna de su parte, siempre que sea la prestación útil para el acreedor. De no serlo, porque estaba sujeta a plazo esencial o porque la dilación ha frustrado irreversiblemente el interés del acreedor, la obligación se extingue, sin responsabilidad del deudor (art. 956, Cód.Civ.Com.).

La imposibilidad puede ser total o meramente parcial, en cuyo caso el deudor deberá cumplir con la parte de la obligación no afectada por el caso fortuito, siempre que ello sea posible y no frustre de manera irreversible el interés del acreedor.

<sup>149</sup> LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. III, n. 2309, p. 750; ORGAZ, *La culpa*, n. 106; LÓPEZ MESA, en TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. I, ps. 848 y ss.

**1943.c) Concurrencia de culpa del agente y caso fortuito**

¿Qué sucede cuando el daño es producto de la acción culpable del agente y de un caso fortuito en forma concurrente?

La doctrina dominante se inclina por admitir que en tal supuesto el juez debe atenuar la responsabilidad de aquél, teniendo en cuenta la real incidencia de su conducta en la producción del daño. En otras palabras: será el agente quien deba soportar el menoscabo, con la pertinente disminución en función de la incidencia causal del caso fortuito<sup>150</sup>. Es la solución que fluye de los artículos 1723 y 1730 del código civil y comercial.

**1944.d) Concurrencia de riesgo de la cosa y caso fortuito**

Se han formulado, al respecto, dos interpretaciones diferentes:

- 1) Para una primera posición, debería imputarse la responsabilidad total al dueño o al guardián de la cosa, no siendo en este supuesto el *casus* una causal exculpatoria<sup>151</sup>. Quienes

<sup>150</sup> Las V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil recomendaron al respecto: "...VIII. Cuando concurrieron como concausa culpa del agente y caso fortuito, el juez atenuará la responsabilidad del agente teniendo en cuenta la incidencia del factor subjetivo en la producción del daño" (Firman: Mosset Iturraspe, Kemelmajer de Carlucci, Goldenberg, Compagnucci de Caso, Garrido y Brebbia). Conf.: LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. III, n. 2310, p. 751. Comp.: LÓPEZ MESA, en TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. I, p. 849, quien sostiene que "la teoría de la causalidad parcial es errónea, inconveniente y ofende gravemente la lógica; ello así, si la fuerza mayor está definida por la imposibilidad absoluta de impedir el daño por obra de circunstancias insuperables, imprevisibles y externas, ella entraña una irresponsabilidad total".

<sup>151</sup> En este sentido: GOLDENBERG, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, p. 194, quien señala: "hay que tener en cuenta que se trata de una responsabilidad específica basada en una imputación estrictamente material, ajena a la idea de culpa. Si el caso fortuito potenció el riesgo que en definitiva constituyó el elemento gravitante del daño, aquél queda absorbido por dicho factor objetivo de atribución porque anida en la propia esencia de este tipo de responsabilidad, de modo tal que el dueño o guardián tiene que cargar con todas las consecuencias sobrevinientes..." Conf.: BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, n. 1068, p. 367; TRIGO REPRESAS y COMPAGNUCCI DE CASO, ponencia presentada a las V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil.

se enrolan en esta corriente, sostienen que el riesgo o vicio desplaza al *casus*, en caso de concurrencia, logrando preeminencia, y que esta situación sería diferente de aquellos casos en los cuales concurre el caso fortuito con la culpa de la víctima o con el hecho del tercero extraño, pues en ambos supuestos debería producirse una distribución.

- 2) Conforme otra opinión, el criterio no puede ser distinto cuando concurren riesgo y *casus*, que cuando lo hace la culpa con este último. No existen fundamentos lógicos que justifiquen un tratamiento más duro para el que creó el riesgo, que para aquel que obró con culpa. En consecuencia, quien introdujo el riesgo sólo deberá soportar las consecuencias dañosas de las que fue autor, debiendo el juez atenuar su responsabilidad, teniendo en cuenta la incidencia del *casus* en la producción del resultado<sup>152</sup>.

Es la solución que, nos parece, fluye de los artículos 1723 y 1730 del código civil.

**1945. § 508. Situaciones excepcionales que alteran los efectos del caso fortuito**

El principio general antes enunciado reconoce algunos supuestos de excepción, en los que el código civil responsabiliza al deudor por el *casus*.

El código civil y comercial los contempla en el artículo 1733: "*Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento*. Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos:

- a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad;

<sup>152</sup> El despacho X-b de las V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, suscripto por los Dres. Mosset Iturraspe y Brebbia, expresaba lo siguiente: "cuando concurrieren como concausas el riesgo y el caso fortuito, el juez atenuará la responsabilidad del agente teniendo en cuenta la incidencia del riesgo en la producción del daño".

- b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento;
- c) si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento;
- d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa;
- e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad;
- f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito”.

Los analizaremos detenidamente.

#### 1946.a) Asunción convencional del caso fortuito

La ley admite que, en principio, el deudor pueda tomar a su cargo las consecuencias del caso fortuito (art. 1733, inc. a). Dicha cláusula de garantía es válida por estar encuadrada dentro de los límites del principio de la autonomía privada (art. 958, Cód.Civ.Com.)<sup>153</sup>. Nada impide, como regla, que el deudor pueda voluntariamente agravar su situación y asumir el riesgo de sucesos fortuitos que en el futuro pudieren operar<sup>154</sup>.

La solución no ofrece dudas tratándose de contratos paritarios.

En cambio, puede ser diferente cuando aparece inserta en un contrato por adhesión a cláusulas generales predisuestas (arts. 984 y ss.), o en un contrato de consumo (arts. 1092 y ss.),

<sup>153</sup> LÓPEZ MESA, *Derecho de las obligaciones*, t. I, p. 538.

<sup>154</sup> Conf.: LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. I, n. 211, p. 255; COMPAGNUCCI DE CASO, *Responsabilidad civil y relación de causalidad*, n. 27, p. 133; SALVAT y GALLI, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, t. I, n. 157, p. 171; CAZEAUX, en CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, t. I, p. 521; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, n. 720, p. 727.

ámbito en el que existe una marcada diferencia entre los contratantes. Por un lado, está el que predispone las condiciones negociales, en situación de verdadera superioridad contractual o el proveedor profesional; y por otro, aquel que se debe limitar a aceptarlas en bloque, sin posibilidad, por lo general, de discutir el contenido negocial, en un estado de sumisión contractual o el consumidor<sup>155</sup>.

La doctrina moderna, tanto en nuestro país como en el extranjero, ha exteriorizado desde hace tiempo preocupación e inquietud por la protección del contratante débil (adherente), especialmente cuando se predisponen cláusulas leoninas o vejatorias, que desnaturalizan el equilibrio negocial. El tema asume sentido aún más grave cuando la contratación por adhesión se realiza en el marco del derecho del consumo. Pensamos que es tan grave una cláusula que en forma anticipada exime de responsabilidad al predisponente, como aquella que agrava hasta lo fortuito la del adherente. Ambas tienen idoneidad suficiente para desnaturalizar la ecuación contractual, con evidente e injustificado beneficio para el predisponente<sup>156</sup>. Por tal motivo, sostenemos que una cláusula de esta índole es, en principio, nula por atentar contra la noción de orden público económico (arts. 12, 279 y concs., Cód.Civ.Com.). Esta última ha adquirido en nuestro tiempo una importancia considerable, y su papel se ha transformado profundamente si se lo compara con el que tenía a comienzos del presente siglo. El orden público no aparece únicamente como una mera limitación de la libertad contractual (art. 959, Cód.Civ.Com.); por el contrario, asume ahora, además, una nueva función, que se traduce en un modo de imposición de deberes a los contratantes. Ya no se limita, pues, a prohibir, sino que extiende sus alcances para determinar conductas obli-

<sup>155</sup> Ver VALLESPINOS, *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Caps. VI y VII.

<sup>156</sup> Conf.: OSSOLA, *Obligaciones*, n. 429, a, p. 783.

gatorias, en forma autoritaria, precisando los efectos y el contenido de muchos contratos. La noción de orden público se debe orientar en el derecho moderno hacia una ineludible necesidad de proteger a los consumidores<sup>157</sup>.

La ley de defensa del consumidor 24.240 se inserta en esta orientación y tiene por no escritas a las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños, a las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o ampliación de los derechos de la otra parte (art. 37).

Excepcionalmente, la cláusula de responsabilidad del adherente por caso fortuito, inserta en un contrato por adhesión, será válida siempre que el predisponente acredite que el adherente obtuvo alguna ventaja contractual equivalente como justa contrapartida<sup>158</sup>.

#### **1947.b) Supuestos de excepción en que la ley impide invocar el *casus* como causa de liberación o de eximición de responsabilidad civil**

En ciertos supuestos de excepción, por razones de política legislativa y en aras de proteger ciertos intereses, la propia ley impide invocar el *casus* como eximente (arts. 1201, 1936 y concs., Cód.Civ.Com.; art. 29, ley 25.675). En la mayoría de estos casos, el legislador ha valorado la mala fe, a veces calificada, del obligado, determinando consecuencias de máximo rigor.

<sup>157</sup> Sobre la noción de orden público en el derecho moderno y su vinculación con la protección de los consumidores, ver VINEY, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, en GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, t. IV, n. 494, p. 590.

<sup>158</sup> No es posible proclamar en abstracto la validez o invalidez de la cláusula. La misma deberá ser valorada en función del contexto negocial dentro del que se encuentra inserta, pues nada impide que en el caso concreto, el adherente pueda haber obtenido del predisponente alguna ventaja particular y equivalente justa como contrapartida por la asunción del *casus* que aquél efectuó.

En otras hipótesis, sólo se admite el caso fortuito cuando el hecho reúna ciertos caracteres específicos, tal lo que ocurre en materia de accidentes laborales, donde la fuerza mayor debe ser extraña o ajena al trabajo (art. 6º, ley 24.557).

#### **1948.c) Caso fortuito sobreviniente a la constitución en mora**

Quien incurre en mora debe soportar distintas consecuencias jurídicas, entre las que cabe computar al caso fortuito y sus efectos (art. 1733, inc. c). Es una conclusión lógica, pues la mora determina la asunción de los riesgos del incumplimiento obligacional. De haber pagado o recibido la prestación a tiempo, el *casus* habría sido inoperante. Ello explica que sea necesaria la existencia de un nexo de causalidad adecuada entre la mora y el *casus*, pues de lo contrario, aquélla resulta irrelevante. El código anterior consagraba el mismo criterio en sus artículos 789, 892, 2295, 2435, 3426 y concordantes<sup>159</sup>.

#### **1949.d) *Casus* provocado por la culpa del deudor**

El *casus* no exime cuando sobreviene por culpa del deudor (art. 1733, inc. d). En verdad, se trata de una excepción *impropia*, pues la culpa del deudor excluye la existencia del caso fortuito. Quien obra de manera culpable “no puede argüir útilmente el caso fortuito”<sup>160</sup>. Como bien se ha dicho, “Cualquier falta de diligencia, sea en la previsión del acontecimiento, sea en cuanto a las medidas necesarias para evitarlo, imputables al deudor, conforme a las circunstancias del caso excluye la invocación del caso fortuito”<sup>161</sup>.

<sup>159</sup> ALTERINI, *La doctrina de la imprevisión frente a la mora irrelevante*, en LL 1980-C-1109; OSSOLA, *Obligaciones*, n. 429, c, ps. 784/785.

<sup>160</sup> ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones*, n. 837, f, p. 359.

<sup>161</sup> CNCiv., sala D, 20-12-74, ED 63-467.

**1950.e) Casus “interno” a la cosa**

Tampoco el *casus* exime cuando constituya una contingencia propia del riesgo de la cosa o de la actividad. Es una consecuencia del carácter ajeno, en el sentido de extraño, que el hecho debe tener con relación al sindicado como responsable o al deudor en el incumplimiento obligacional.

**1951.f) Obligación de restituir como consecuencia de un hecho ilícito**

Quien está obligado a restituir una cosa, como consecuencia de un hecho ilícito, asume las contingencias fortuitas y no puede invocar el *casus*. Es una solución lógica, que agrava hasta lo fortuito la responsabilidad del agente, y que hunde sus raíces en la doctrina del artículo 1936 del código civil y comercial y de los artículos 2435 y 2436 del código civil anterior.

**1952. § 509. Caso fortuito “interno” o “propio” del riesgo creado por la cosa o por la actividad**

Dispone el artículo 1733, inciso e, que el deudor responde “si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad”.

El caso fortuito sólo exime al presunto responsable cuando es extraño al riesgo creado por la actividad por él desplegada o por las cosas bajo su dominio o guarda que causan daños a terceros.

El caso fortuito “interior” o “interno”, por llamarlo de alguna manera, no puede ser computado a tales fines, pues está “dentro” del riesgo propio o específico de la cosa o de la actividad desarrollada; prueba de ello es que la ley obliga al dueño o guardián a reparar los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa.

En tal sentido se ha dicho que “los daños causados por el automóvil que había dejado de estar bajo el control de su conductor a raíz del paro cardíaco sufrido por éste no son ajenos y ni exteriores al riesgo de la cosa”<sup>162</sup>.

El mismo criterio campea en la responsabilidad del prestador de una caja de seguridad (art. 1413), quien no responde “por caso fortuito externo a su actividad” y del propietario de casas de depósito (art. 1376)<sup>163</sup>.

**C) IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE LA PRESTACIÓN<sup>164</sup>****1953. § 510. Concepto**

Hemos dicho que el objeto de la obligación –la prestación– debe ser de realización posible, tanto material como jurídicamente (supra § 36). Y es preciso que lo sea tanto al momento del nacimiento de la obligación, cuanto a lo largo de toda su existencia.

<sup>162</sup> CNCiv., sala K, 14-3-91, JA 1991-III-448.

<sup>163</sup> OSSOLA, *Obligaciones*, n. 429, e, p. 785.

<sup>164</sup> Bibliografía especial: BUERES, *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 95; ídem, *Responsabilidad contractual objetiva*, en JA 1989-II-964; CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*; DÍEZ-PICAZO y GIMÉNEZ, *La mora y la responsabilidad contractual*; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*; MAYO, *La imposibilidad de cumplimiento. Objetiva y subjetiva. Absoluta y relativa*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 33; OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, en *Rivista Diritto Civile*, 1918, p. 208; ídem, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1964, n. 4, ps. 599 y ss.; ídem, *Impossibilità sopravveniente*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, 1962, t. VIII, n. 3 y 4, ps. 289 y ss.; STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Giuffrè, Milano, 1995; TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*.

La imposibilidad *originaria* de la prestación provoca su  *nulidad*. En tal caso, la obligación no alcanza a configurarse por falta de objeto. De esa imposibilidad nos hemos ocupado supra § 36, a.

Es posible, sin embargo, que una prestación genéticamente posible devenga  *luego* imposible. En tal caso la imposibilidad es  *sobrevenida* y no  *originaria*. La obligación nace  *válidamente* como tal, pero deviene más tarde de cumplimiento imposible, sea por causas imputables a alguna de las partes o bien por circunstancias fortuitas (arts. 955, 1730 y concs.). Esta última circunstancia es la que ahora nos interesa.

Adviértanse las diferencias entre ambos supuestos: en tanto en la imposibilidad  *originaria* de la prestación, el vínculo no alcanza a configurarse, precisamente por falta de objeto, en la imposibilidad  *sobrevenida* la obligación nace regularmente, tiene existencia y eficacia jurídica; sin embargo, su objeto experimenta una imposibilidad  *sobrevenida*, que sin afectar la validez anterior de la obligación, impide su cumplimiento, lo cual motiva que deba disolverse el vínculo para lo futuro, por extinción del objeto, con efectos que varían sensiblemente, según dicha imposibilidad sea o no imputable al obligado.

#### 1954. § 511. Método del código civil y comercial. Denominación

Nuestro código civil y comercial, al igual que el código civil derogado, regula la imposibilidad  *sobrevenida* de la prestación dentro de los modos extintivos de la obligación, bajo la denominación  *imposibilidad de cumplimiento* en el artículo 955<sup>165</sup>:

<sup>165</sup> El código civil derogado trataba este supuesto de extinción obligacional por imposibilidad  *sobrevenida* dentro del Libro Segundo, Sección Primera, dedicada a la teoría general de la obligación, bajo la denominación  *Imposibilidad de pago*. El art. 888 disponía: "La obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor". El código

"La imposibilidad  *sobrevenida*, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación sin responsabilidad. Si la imposibilidad  *sobrevenida* debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados".

El precepto reconoce su fuente en el artículo 888 del código civil anterior y a través de éste en el Digesto y, más específicamente, en Aubry y Rau, y ha sido considerado por la doctrina dominante como una norma superflua, por su extrema obviedad, toda vez que "...se limita a hacer una elemental aplicación de la figura del caso fortuito: es claro que si  *sobrevenida* un hecho ajeno al deudor que le impide cumplir, él queda liberado"<sup>166</sup>. No pocos proyectos de reforma al derecho privado argentino han suprimido la figura de la imposibilidad de pago (Anteproyecto de Bibiloni, Proyecto de 1936, Proyecto de 1954)<sup>167</sup>. La norma concuerda con lo dispuesto en el artículo 1732: " *Imposibilidad de cumplimiento*. El deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento, y no es responsable, si la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado. La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos".

La regla antes indicada reconoce, sin embargo, algunas excepciones, en las cuales el deudor responde por caso fortuito y por imposibilidad de cumplimiento (art. 1733), que trataremos más adelante.

civil y comercial regula la  *imposibilidad de cumplimiento* como modo extintivo de obligaciones en la Sección 6ª, Capítulo 5, Título I, del Libro Tercero (art. 955).

<sup>166</sup> LLAMBIAS,  *Obligaciones*, t. III, n. 1987, ps. 246/247.

<sup>167</sup> En contraste, el código civil y comercial (arts. 955 y 956) mantiene la figura.

### 1955. § 512. La imposibilidad sobrevenida como hipótesis de incumplimiento objetivo definitivo de la prestación y como extinción obligacional

Es materia opinable la verdadera naturaleza jurídica de la figura que nos ocupa:

- a) Conforme a un criterio la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de la prestación, no *imputable* al deudor, actúa como un modo de extinción obligacional. Dicho de otra manera: una vez configurada afecta para lo futuro la existencia de la obligación –y su causa generadora– determinando su aniquilamiento<sup>168</sup>.
- b) De acuerdo a otra perspectiva, que pone énfasis en los aspectos dinámicos de la relación, la imposibilidad sobrevenida configura un supuesto de incumplimiento objetivo obligacional, que puede o no ser imputable al deudor, arrojando consecuencias distintas en uno y otro supuesto. Cuando es imputable al deudor, la obligación transforma su objeto en pagar daños y perjuicios; cuando no lo es, se extingue, provocando la consiguiente liberación de las partes<sup>169</sup>.
- c) Nosotros pensamos que ambas concepciones son útiles a los fines del estudio de la figura, pues reflejan apropiadamente, desde perspectivas más estáticas o dinámicas, la plenitud del fenómeno que nos ocupa y su multiplicidad de efectos, que varían según las circunstancias.

La ponderación de dichos aspectos debe realizarse amalgamadamente, desde el mismo momento en que la imposibilidad sobrevenida determina, en forma *objetiva*, una situación de in-

<sup>168</sup> LLAMBÍAS, *Obligaciones*, t. III, n. 1987/1988, p. 247.

<sup>169</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, t. II, p. 588; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, *La obligación*, ps. 66 y ss.; CRISTÓBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, ps. 164 y ss.

cumplimiento definitivo e irreversible, pues ya no es posible “que la relación llegue a su fin en la forma que fue configurada a la hora de su constitución o nacimiento. Deseándolo o no el deudor, lo cierto es que, en cualquier caso, se ha derivado hacia una situación que ya no permite la plasmación del vínculo tal como originariamente fue diseñado”<sup>170</sup>.

Cuando la imposibilidad opera por causas imputables al deudor (o éste ha asumido las consecuencias del *casus*), la obligación se transforma en la de pagar el contravalor económico y los daños y perjuicios que derivan de tal situación.

Si aquélla, en cambio, obedece a causas no imputables al deudor, nos emplaza en el terreno de la extinción obligacional, que constituye otra faceta de la cual no conviene prescindir. En tal caso, actúa como modo de extinción no satisfactivo del interés del acreedor.

Ambos aspectos se reflejan claramente en el código civil y comercial. El rostro extintivo de la imposibilidad de cumplimiento no imputable al deudor emerge claramente del artículo 955, primera parte, y de su emplazamiento como modo extintivo de la obligación. El rostro de la figura vinculado con la teoría *general* del incumplimiento obligacional y sus efectos aparece normado en los artículos 1732 y 1733.

Nosotros, por razones de método, preferimos centrar su estudio en el ámbito del incumplimiento no imputable al deudor, lo cual –insistimos– en modo alguno importa desconocer o negar su relevante faceta extintiva.

### 1956. § 513. Requisitos

Para que opere la extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida de la prestación, es menester la presencia de los siguientes requisitos:

<sup>170</sup> CRISTÓBAL MONTES, ob. y lug. cit. en nota anterior.

**1957.a) Imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación.****Alcance que debe asignarse a esta noción**

Es preciso que medie una imposibilidad sobrevenida (material, moral o legal), objetiva, absoluta y definitiva de cumplimiento de la prestación.

La mera dificultad de cumplimiento queda descartada totalmente como supuesto idóneo para configurar la situación que nos ocupa. En tal caso, el deudor debe cumplir lo adeudado, sin perjuicio de que, en casos excepcionales, pueda mitigar el rigor de la situación invocando otras figuras legales, como, por ejemplo, la teoría de la imprevisión.

La *existencia de dicha imposibilidad* –dice el artículo 1732, última parte– “debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos”. Ello significa que su ponderación debe ser presidida por parámetros de razonabilidad, atendiendo a las circunstancias del caso concreto. No se trata de exigir sacrificios heroicos al deudor, sino por el contrario de ponderar si, a la luz del principio de la buena fe y de la regla que impone el ejercicio regular de los derechos, la prestación que debe cumplir es o no material, moral y jurídicamente posible de cumplimiento específico.

**1958.1) Imposibilidad material y legal.****Quid de la imposibilidad moral**

Es preciso que la imposibilidad que afecta a la prestación sea material, moral o legal.

Hay imposibilidad sobrevenida material cuando media un impedimento de orden físico o fáctico que obsta al cumplimiento de lo adeudado. Así, por ejemplo, en materia de obligaciones de dar cosas ciertas, la cosa se destruye totalmente, o desaparece sin que se sepa de ella; o en el campo de las obligaciones de

hacer, el deudor de una prestación *intuitu personæ* sufre un accidente que lo deja cuadripléjico, con total imposibilidad de ejecutar lo adeudado.

Hay imposibilidad legal sobrevenida, cuando el impedimento deviene del propio ordenamiento jurídico que determina el no cumplimiento de la prestación con ulterioridad a su nacimiento. Así, por ejemplo, la cosa debida es puesta fuera del comercio, o es expropiada por el Estado en razón de utilidad pública; o cuando un tercero adquiere un derecho sobre la cosa que impide el cumplimiento de la obligación.

Se acepta pacíficamente que también la imposibilidad moral *grave* puede tener incidencia liberatoria para el deudor, particularmente cuando por su entidad y gravedad pueda resultar vejatorio para la dignidad del deudor exigirle el cumplimiento de la prestación (v. gr., el concertista que debe brindar un recital el mismo día en que ha muerto un hijo suyo).

**1959.2) Imposibilidad absoluta y objetiva de la prestación**

Es preciso que la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la prestación sea *absoluta y objetiva*.

¿Qué sentido cabe asignar a tales caracteres?

El tema registra una importante evolución y ha sido objeto de un estudio profundo a partir de la segunda década del siglo veinte, sobre todo luego de los aportes del jurista italiano Giuseppe Osti, quien distingue entre imposibilidad objetiva e imposibilidad subjetiva, por un lado, e imposibilidad absoluta y relativa, por otro. Conforme a sus ideas, que tuvieron fuerte influencia en la normativa del código italiano de 1942 (arts. 1218 y 1256), el punto de partida para que tenga lugar el efecto liberatorio debe emplazarse en torno a que la imposibilidad sobrevenida que impide cumplir la obligación debe ser *absoluta* y *objetiva*. Ello conduce a profundizar ambas nociones y a contrastarlas con sus antitéticas: imposibilidad relativa y subjetiva.

### 1960.I. Imposibilidad objetiva y subjetiva

La distinción entre imposibilidad objetiva y subjetiva toma en cuenta la dirección del impedimento del cual deriva la susodicha imposibilidad.

Tradicionalmente se sostuvo, con criterio que hoy aparece superado por su insuficiencia, que la imposibilidad es objetiva cuando la prestación no puede ser cumplida por cualquier persona (v. gr., destrucción fortuita de la cosa debida; huelga nacional en los servicios de transporte que impide cumplir); en tanto que es subjetiva, cuando ella juega sólo para el deudor concreto, pero es factible de ser ejecutada por otros (v. gr., los dependientes del deudor se han abstenido de trabajar, en razón de un conflicto laboral, lo cual le impide cumplir). Se advierte, inmediatamente, que el carácter absoluto de la imposibilidad, rígidamente considerado, es muy estricto para el deudor. Asimismo, que tal razonamiento puede conducir a soluciones erróneas o equívocas, pues hay casos, como la insolvencia económica, que impiden cumplir a cualquiera que, como regla, no exoneran de responsabilidad al deudor ni son configurativos de imposibilidad de pago. Por eso, con una visión sensiblemente más apropiada y realista, y menos rigurosa, se afirma que la imposibilidad es objetiva cuando el impedimento “va referido a la prestación en sí y por sí considerada, mientras que la imposibilidad es subjetiva cuando concierne a las *condiciones personales o patrimoniales propias del deudor*, siempre y cuando éstas no estén conectadas de manera inmediata con la prestación en sí y por sí considerada”<sup>171</sup>. Así concebida la cuestión, fácil es advertir que aun un impedimento que sólo afecta al

<sup>171</sup> BUERES, *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 95, en esp. ps. 112/113; ídem, *Responsabilidad contractual objetiva*, en JA 1989-II- 964; ídem, *Derecho de daños*, n. 63 y ss., ps. 415 y ss.; OSTI, *Impossibilità sopravveniente*, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. VIII, n. 3 y 4, ps. 288/289; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, ps. 150 y ss.

deudor (y sea, lógicamente, de tipo personal), puede ser tenido en cuenta para configurar un impedimento objetivo, particularmente cuando esas condiciones personales entren *in obligatione*, como ocurre con las obligaciones de hacer infungibles (v. gr., el cirujano que compromete una operación y queda cuadripléjico a raíz de un accidente o sufre una enfermedad que lo mantiene postrado, sin posibilidades de atender al paciente).

En todos los casos, debe tratarse de un acontecer que torne irrealizable, y no meramente dificultoso o complicado, el comportamiento a ejecutar por el deudor.

Concebida con esta amplitud, la única imposibilidad que libera al deudor es la *objetiva*. Ello surge claramente de los artículos 955 y 1732, primera parte. Quedan al margen, en consecuencia, los impedimentos relativos al deudor que resulten de la mayor dificultad, onerosidad, inconveniencia o desagrado que para él suponga la realización de la prestación conforme a lo convenido.

En resumidas cuentas: la imposibilidad objetiva sólo atiende y pondera la prestación en sí misma considerada, con abstracción de todo elemento extrínseco que no conciernan directamente a ella. Los impedimentos puramente subjetivos del deudor, como regla, no entran en ese concepto, salvo que las características personales se contengan en la prestación. Tal lo que sucede cuando se trata de prestaciones de hacer infungibles, contraídas en atención a las aptitudes y características personales del deudor. En ese caso, el impedimento subjetivo del deudor que impide cumplir se proyecta directamente sobre la prestación en sí misma, con visos de objetividad, obstando al cumplimiento.

### 1961.II. Imposibilidad absoluta y relativa

La imposibilidad sobreviniente y objetiva debe, también, ser *absoluta* y no meramente relativa. Así lo establecen los artículos 955 y 1732. La distinción entre imposibilidad absoluta y relativa atiende a la intensidad del impedimento en sí mismo

considerado. La imposibilidad es absoluta cuando no puede ser superada por las fuerzas humanas, en tanto que es relativa cuando resulta infranqueable para el deudor, aun cuando observe la diligencia debida.

Va de suyo que la mera *difficultas prestandi* no es apta para liberar al deudor<sup>172</sup>. La dificultad, esto es, el mero obstáculo que el deudor deba superar para satisfacer el interés del acreedor comprometido, no importa imposibilidad de cumplimiento. Tampoco la mayor onerosidad o el incremento del costo económico de la prestación, sin perjuicio de los remedios que el sistema normativo brinda en caso de *excesiva onerosidad sobreviniente* (art. 1091) que analizaremos en este mismo capítulo.

Cabe observar, aquí también, que el concepto de imposibilidad absoluta, entendido como impedimento que excede cualquier esfuerzo humano, ha sido interpretado con un criterio moderado, razonablemente flexible, en el sentido de que la posibilidad de la prestación debe ser ponderada atendiendo a las exigencias de la tutela de la vida, la libertad, la integridad psicofísica y espiritual, etcétera. También el principio de la buena fe, la doctrina del abuso del derecho y la equidad han tenido fuerte influencia para moderar la noción naturalística de imposibilidad absoluta, lo cual ha llevado a admitir, como hemos visto anteriormente, inclusive la existencia de una *imposibilidad moral*. Este último estándar de valoración aparece hoy impuesto, con muy buen criterio, en la última parte del artículo 1732.

### 1962.b) Imposibilidad definitiva. Quid de la imposibilidad temporal

La imposibilidad sobrevinida de la prestación debe ser defi-

<sup>172</sup> BUERES, *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 95, en esp. p. 113; ídem, *Responsabilidad contractual objetiva*, en JA 1989-II-964; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, t. II, ps. 650 y ss.; TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto Privato*, ps. 346 y ss.

nitiva (art. 955). Una imposibilidad sobrevinida, objetiva y absoluta meramente transitoria no alcanza, por sí misma, en principio, para liberar al deudor aunque tenga incidencia para eximirlo de la responsabilidad por daño moratorio que pueda experimentar el acreedor, mientras ella se propague.

La imposibilidad meramente transitoria determina que al cabo de un tiempo habrá de desaparecer el obstáculo que actualmente impide la ejecución de la prestación, provocando como consecuencia que la deuda no se extinga, por más que no pueda ser cumplida por el momento, hasta que se remueva el obstáculo.

Ello, sin embargo, nos lleva a plantearnos otra delicada cuestión cual es precisar si, en verdad, existe un límite a la necesidad de espera del acreedor, pues parece, en principio, abusivo que el deudor pretenda mantener la existencia indefinida de la obligación por él incumplida, sin consecuencias para él, cuando el pago tardío de la prestación pueda resultar inútil para el acreedor. Díez-Picazo pone el ejemplo de la imposibilidad de transporte durante un conflicto bélico. Si bien ella es transitoria y después de concluido el mismo, el transporte será posible, ¿debe someterse al acreedor a una espera prolongada o, lo que es peor, indefinida?<sup>173</sup>

Esto conduce, justificadamente, a reconocer al acreedor la facultad de asimilar, en tal hipótesis, la imposibilidad temporal a la definitiva para obtener la disolución del vínculo obligacional. Es el criterio que mejor se adecua a la buena fe y al ejercicio regular de los derechos y al fin del contrato.

En el derecho italiano, el artículo 1256 expresamente aborda la cuestión y se pronuncia en tal sentido (“Si la imposibilidad es sólo temporal, el deudor, mientras la misma perdura, no es responsable del retardo en el cumplimiento. Sin embargo, la obligación se extingue si la imposibilidad perdura hasta el momento

<sup>173</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, t. II, p. 660, n. 3, 11.

en que, en relación al título de la obligación o a la naturaleza del objeto, el deudor no pueda ya ser considerado obligado a ejecutar la prestación o bien el acreedor no tiene ya interés en conseguirlo”).

El código civil y comercial, con excelente criterio, sigue decididamente estas ideas en el artículo 956: “*Imposibilidad temporaria*. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible”.

De tal modo, la imposibilidad temporaria tiene también efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando el retardo dura suficiente tiempo para frustrar el interés del acreedor de modo *irreversible*, lo cual debe ser ponderado atendiendo a la naturaleza y circunstancias de la obligación, a la causa final del contrato, al principio de la buena fe, al ejercicio regular de los derechos y, particularmente, al contexto económico y comercial dentro del cual ella se despliega. Es una solución que guarda armonía, también, con lo dispuesto en el artículo 1084, incisos a y b.

### 1963.c) Debe mediar caso fortuito. Quid de la simple ausencia de culpa como requisito suficiente para que opere la imposibilidad sobrevenida de la prestación

Mientras la prestación sea posible el deudor permanece obligado, por lo que el único límite para su responsabilidad está dado por la imposibilidad de pago generada por el *casus* (art. 1730)<sup>174</sup>. Operado éste, el deudor queda liberado de la obligación y exonerado de toda responsabilidad civil.

<sup>174</sup> BUERES, *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 108, n. 8.

Conforme a esta perspectiva amplia puede entenderse que, con sentido más figurado que técnico, suela afirmarse que estamos frente a un supuesto de incumplimiento no imputable al deudor. Lo que en verdad ocurre es que opera lisa y llanamente la extinción obligacional, la cual es dudosamente compatible con la idea de incumplimiento (que presupone una obligación válida y eficaz, que se incumple).

Insistimos en que mientras la obligación insatisfecha exista, el deudor responde. El límite de ese deber está dado por la imposibilidad de pago.

La cuestión no varía, sea la obligación de medios o de resultado. En ambos casos, el límite de la responsabilidad obligacional es la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable al deudor<sup>175</sup>. Cabe, empero, advertir una particularidad: en las obligaciones de medios, el deudor de una prestación de diligencia se libera probando que ha cumplido con la diligencia debida. Pero ello es así, no porque la regla de responsabilidad sea distinta sino porque probando la diligencia comprometida acredita que ha cumplido y se libera. De allí que frente al incumplimiento la única circunstancia liberatoria que pueda computarse continúe siendo la imposibilidad sobrevenida.

Según una calificada doctrina, el límite de la responsabilidad del deudor debería ser más flexible y no quedar siempre sujeto a la rigidez de la imposibilidad sobrevenida por *casus*. Quienes siguen estas ideas advierten que el principio general de la buena fe puede tener fuerte incidencia para determinar, según los casos, no sólo el contenido y alcance de la prestación sino también el límite de la responsabilidad del deudor, que si bien ordinariamente tiene su punto de inflexión en el caso fortuito, puede también computar otros menos drásticos que aparecen como exi-

<sup>175</sup> BUERES, *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 108, n. 8.

mentales para el deudor. Entre éstos, se incluye expresamente la ausencia de culpa del deudor, esto es, la no culpa, noción a la que –correctamente– se asigna un sentido no asimilable al caso fortuito. Basta, de tal modo, con que se acredite la incidencia de una causa ajena (no necesariamente el *casus*) o la prueba de la diligencia debida, la *no culpa*<sup>176</sup>. Se llega, de tal modo, a la conclusión de que “en todos aquellos supuestos en que por aplicación del principio de la buena fe se presenten las hipótesis de inejecutabilidad e inexigibilidad de la prestación, aunque no, así, las características más rigurosas del caso fortuito, funciona la eximición de la responsabilidad del deudor”<sup>177</sup>. Éste es el criterio que siguen la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (ley 17.265) (que asimila el caso fortuito al impedimento ajeno a la voluntad del deudor) y los principios de Unidroit que procuran brindar un modelo uniforme para la legislación contractual. Es también el temperamento del Proyecto de 1998 (arts. 1614 y 1615).

Nosotros creemos que tal enfoque traduce un desajuste conceptual, tributario de un subjetivismo excesivo, particularmente en cuanto asigna a la no culpa virtualidad suficiente para erigirse en límite de la responsabilidad del deudor. Es plausible que el nuevo código civil y comercial se haya apartado drásticamente del mismo y seguido la senda correcta.

Mientras la prestación sea de cumplimiento posible –expresión que debe ser entendida con los alcances señalados anteriormente–,

<sup>176</sup> ALTERINI, *Contratos*, p. 607, n. 57; MAYO, *La imposibilidad de cumplimiento. Objetiva y subjetiva. Absoluta y relativa*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 70.

<sup>177</sup> MAYO, *La imposibilidad de cumplimiento. Objetiva y subjetiva. Absoluta y relativa*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 70. Conf.: ALTERINI, *Los factores objetivos de la responsabilidad civil*, en VALLESPINOS (dir.), *Responsabilidad civil. Presupuestos*, Advocatus, Córdoba, 1997, ps. 127/128.

la obligación mantiene su existencia y eficacia, el deudor permanece obligado. Si no cumple o cumple mal, sólo lo libera el *casus*.

La prueba de la diligencia debida no tiene la virtualidad que equivocadamente se le asigna de límite de la obligación del deudor. Ni siquiera en las obligaciones de medios. Cabe insistir, una vez más, en que en estas obligaciones la diligencia debida no es el límite de la responsabilidad del deudor sino el cumplimiento de lo adeudado.

De lo expresado, surge con claridad cuál es el papel que el ordenamiento jurídico asigna a la culpa:

- 1) Es, al decir de Bueres, “*fundamento de atracción causal* en todo tipo de obligaciones. La imposibilidad de pago libera al deudor y extingue la relación jurídica cuando ella ocurre *sin culpa* de él”<sup>178</sup>.
- 2) Es un elemento del cumplimiento inexacto en las obligaciones de medios, ámbito en el que el pago coincide con la no culpa.
- 3) En nuestra opinión, es elemento en las demás perturbaciones del plan prestacional tratándose de obligaciones de medios, en cualquiera de sus manifestaciones (incumplimiento absoluto o relativo).

Cabe señalar, sin embargo, que una calificada doctrina, aun en este caso, entiende que si el deudor omite el pago, la no culpa es irrelevante dado que no es elemento del cumplimiento (*involucrado*), ni mucho menos límite de responsabilidad<sup>179</sup>.

#### 1964.d) La imposibilidad no debe ser imputable al deudor

Para que opere la *extinción* de la obligación por imposibilidad

<sup>178</sup> BUERES, *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 117, n. 12; ídem, *Responsabilidad contractual objetiva*, en JA 1989-II-964.

<sup>179</sup> BUERES, *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 117, n. 12; ídem, *Responsabilidad contractual objetiva*, en JA 1989-II-964.

sobrevenida de la prestación es preciso que ésta no sea imputable a la culpa del deudor (art. 955), o que por causa legal o convencional no pese sobre éste la responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento prevista en el artículo 1733.

Si la imposibilidad reconociere su causa en la conducta imputable del deudor, estaríamos fuera de los confines propios de la figura y nos emplazaríamos en el ámbito de los principios generales de la responsabilidad por incumplimiento obligacional, conforme a los cuales opera la transformación de la deuda originaria en la obligación de satisfacer el contravalor económico (*id quod interest*) y todo otro daño y perjuicio derivado de tal situación.

Este requisito guarda armonía plena con lo dispuesto por el artículo 1733, inciso d, que descarta la virtualidad eximitoria del caso fortuito cuando éste ocurra por culpa del deudor. Caso fortuito y culpa son nociones incompatibles. Esta última obsta a la primera.

#### 1965.e) Ausencia de responsabilidad por caso fortuito

No hay extinción obligacional por imposibilidad sobrevenida de la prestación cuando el deudor responde legal o convencionalmente por el caso fortuito o por imposibilidad sobrevenida de la prestación (art. 1733).

Tal lo que sucede:

- 1) Cuando el deudor ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad (art. 1733, inc. a).
- 2) Cuando de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento (art. 1733, inc. b). Tal lo que sucede en el supuesto previsto en el artículo 1201.
- 3) Cuando el deudor está en mora, salvo que ésta sea indi-

ferente desde una perspectiva causal para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento (art. 1733, inc. c).

- 4) Cuando el *casus* y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituye una contingencia propia del riesgo de la cosa o de la actividad (art. 1733, inc. e).
- 5) Cuando el deudor está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito (art. 1733, inc. f).

La asunción legal o convencional del *casus* determina que el deudor soporte sus consecuencias, operando la transformación de la obligación incumplida en la de pagar daños y perjuicios.

#### 1966. § 514. Prueba de la imposibilidad sobrevenida

Pesa sobre el deudor la alegación y prueba de los extremos que configuran la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la prestación (arts. 1734 y concs.)<sup>180</sup>. Es una solución lógica, puesto que todo deudor que se encuentra obligado debe cumplir con la prestación y, en caso de no poder hacerlo, alegar y probar la causal de imposibilidad sobrevenida no imputable apta para liberarlo.

El criterio es el mismo, sea la obligación de resultado o de medios. Si bien en estas últimas el acreedor “debe dar la prueba de la culpa, en tanto prestación defectuosa, el deudor puede probar su debida diligencia en la realización de la prestación (lo que importaría acreditar el cumplimiento), y si así no lo hiciera aun puede acreditar la imposibilidad liberatoria por causa a él no imputable”<sup>181</sup>.

<sup>180</sup> CSJN, 1-12-92, Fallos: 315:2857.

<sup>181</sup> MAYO, *La imposibilidad de cumplimiento. Objetiva y subjetiva. Absoluta y relativa*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 74, n. VII.

Son aplicables los principios generales que rigen el *onus probandi*.

### 1967. § 515. La imposibilidad sobrevenida de la prestación en las distintas obligaciones

#### 1968.a) Obligaciones de dar cosas ciertas

Tratándose de obligaciones de dar cosas ciertas para transferir derechos reales, el propietario soporta los riesgos de la cosa y los casos de deterioro o pérdida, con o sin culpa, se rigen por lo dispuesto sobre la imposibilidad de cumplimiento (art. 755).

El deudor responde si la imposibilidad proviene por causas que le son imputables, o si se hubiese hecho responsable del caso fortuito o de la fuerza mayor por configurarse alguno de los supuestos previstos en el artículo 1733. En tal caso, la obligación primitiva “modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados” (art. 955, última parte)<sup>182</sup>.

La normativa antes citada pone de relieve que en tanto la cosa exista, el deudor tiene el deber de custodia y conservación de la misma, y de evitar que se produzca la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Mientras la cosa exista y el acreedor tenga interés en el cumplimiento de la prestación, la posibilidad de ejecución forzada determina que sólo pueda hablarse de morosidad y de la consecuente responsabilidad por ella.

#### 1969.b) Obligaciones genéricas

Tratándose de obligaciones de género (art. 762), en el periodo anterior a la individualización de la cosa debida rige el principio el género nunca perece (art. 763).

<sup>182</sup> BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, *La obligación*, p. 67.

De tal modo, antes del acto de individualización, el pago nunca se juzgará imposible pues siempre estará permitido realizarlo con otros objetos de la misma especie y calidad<sup>183</sup>.

Se ha observado, atinadamente, que el principio no es absoluto, pues pueden concebirse casos excepcionales, en donde todo el género sea puesto fuera del comercio, en cuyo caso podría presentarse un supuesto de imposibilidad de pago.

Una vez practicada la misma, la obligación cambia de naturaleza y queda sujeta a las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas, aplicándose el régimen anteriormente señalado.

#### 1970.c) Obligaciones de dar sumas de dinero

En las obligaciones de dar sumas de dinero rigen los mismos principios que regulan las obligaciones genéricas, sólo que en aquéllas no se advierte “ese pasaje al régimen de las obligaciones de dar cosas ciertas que es bien característico de las restantes obligaciones de género”<sup>184</sup>.

No sería concebible, de tal modo, en estas obligaciones, la extinción obligacional por imposibilidad de pago, porque el dinero siempre existe, aunque desaparezca eventualmente, en algún momento, la unidad monetaria. No pocos autores reflejan este fenómeno haciendo referencia a una suerte de indestructibilidad de las deudas dinerarias, fruto de una necesidad jurídico-económica.

#### 1971.d) Obligaciones de hacer y de no hacer

Las obligaciones de hacer y de no hacer pueden ser alcanzadas por la imposibilidad sobrevenida de la prestación, disolviéndose con los alcances anteriormente señalados. El tema asume especial relevancia en aquellas obligaciones de carácter *intuitu personæ*,

<sup>183</sup> LLAMBÍAS, *Obligaciones*, t. III, n. 1998, p. 255.

<sup>184</sup> LLAMBÍAS, *Obligaciones*, t. III, n. 1999, p. 256.

en donde la imposibilidad atañe directamente a la persona del deudor, impidiendo la ejecución del hecho. “La imposibilidad de cumplimiento deberá valorarse en función de que la obligación sea inexcusablemente cumplida por el deudor u otro pueda reemplazarlo, con lo que entrarían a jugar las variantes para calificar al incumplimiento como absoluto o relativo, y subjetivo u objetivo, aunque tales calificativos de todos modos son, en definitiva, sobreabundantes, puesto que lo trascendente es que el impedimento real y efectivo obstaculice el cumplimiento de la obligación y su incidencia sobre el contenido mismo de la obligación”<sup>185</sup>.

#### 1972.e) Obligaciones alternativas y facultativas

Tratándose de obligaciones alternativas, rige el principio de imposibilidad sobrevenida de cumplimiento si todas las prestaciones debidas se hacen imposibles. El mismo criterio rige para las llamadas obligaciones de género limitado (art. 785), lo cual es lógico pues son verdaderas obligaciones alternativas.

Cuando la obligación es facultativa, sólo se tiene en cuenta la imposibilidad de cumplimiento que recae sobre la prestación debida –mal llamada principal–, sin que tenga relevancia alguna la que atañe eventualmente a la que se encuentra en facultad de pago, impropiamente denominada accesoría (art. 787).

#### 1973. § 516. Efectos que produce la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causas no imputables al deudor

La imposibilidad sobrevenida de la prestación, no imputable

<sup>185</sup> MAYO, *La imposibilidad de cumplimiento. Objetiva y subjetiva. Absoluta y relativa*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, ps. 66/67, n. V. Conf.: CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, p. 39.

al deudor, provoca la extinción de la obligación y la disolución del vínculo entre acreedor y deudor. “Como no se concibe que pueda subsistir una obligación que *ahora* ha resultado que tiene un objeto de realización imposible, esta contingencia provoca la *liberación del deudor* y el consiguiente *decaimiento* del derecho del acreedor”<sup>186</sup>.

Cuando la imposibilidad de cumplimiento se produce en el marco de una relación sinalagmática o bilateral, la extinción gravita no sólo sobre la obligación sino, más específicamente, y de manera *indirecta*, sobre su causa generadora, quedando disuelto el contrato para ambas partes<sup>187</sup>. La imposibilidad sobrevenida actúa como una causa de resolución contractual (arts. 1084, 1086, 1088 y concs.). Como consecuencia de ello, deben operar las restituciones mutuas y simultáneas de todo lo percibido (art. 1081). De tal modo, si con motivo de un contrato de compraventa, la cosa vendida, todavía no entregada, se destruye por causas no imputables al deudor, la imposibilidad de cumplimiento afecta a toda la relación negocial, provocando su resolución y la consiguiente extinción *para el futuro* de las obligaciones de ambos contratantes. Si el comprador, en tales circunstancias, hubiese pagado parte del precio, tendrá, lógicamente, derecho a la repetición.

Cuando la imposibilidad no es total y sólo afecta el cumplimiento de una parte de la prestación adeudada se genera una opción a favor del acreedor de elegir tal cumplimiento, con disminución proporcional del precio, o disolver la obligación<sup>188</sup>. A tales fines, habrá que ponderar muy detenidamente si la prestación es divisible o indivisible.

<sup>186</sup> LLAMBÍAS, *Obligaciones*, t. III, n. 2000, ps. 256/257.

<sup>187</sup> LLAMBÍAS, *Obligaciones*, t. III, n. 2000, p. 257.

<sup>188</sup> MAYO, *La imposibilidad de cumplimiento*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 73, n. VI.

**1974. § 517. Efectos que produce la imposibilidad por causas imputables al deudor y en aquellos casos en los cuales opera la asunción convencional o legal del caso fortuito**

Conforme lo señalado anteriormente, si la imposibilidad de cumplimiento sobrevinida es imputable al deudor, la obligación no se extingue: tan sólo modifica su objeto, *ministerio legis*, en pagar daños y perjuicios. Así lo dispone expresamente el artículo 955, última parte.

La misma solución se produce cuando el deudor se hace responsable convencionalmente por la imposibilidad fortuita de la prestación o debe asumir tal consecuencia por mandato legal (arts. 1733 y concs.).

Nos hemos ocupado del tema supra § 323, adonde remitimos.

**1975. § 518. Cesación de la imposibilidad sobrevinida**

En caso de operar la cesación de la imposibilidad sobrevinida y el consecuente desvanecimiento del impedimento, se restablece la virtualidad de la obligación<sup>189</sup>. Tal situación pone en evidencia que la imposibilidad que *era* considerada definitiva, en verdad asumía el carácter de meramente *temporaria*. Por ende, el deudor, por lo tanto, estará obligado a cumplir, salvo que su obligación deba al presente considerarse definitivamente extinguida con relación al título de la obligación o a su contenido, y siempre que el acreedor tenga interés en el cumplimiento.

**D) IMPREVISIÓN**

**1976. § 519. Caracterización de la figura**

Todo contrato nace para ser cumplido. Es éste un imperativo

<sup>189</sup> LLAMBÍAS, *Obligaciones*, t. III, n. 2001, p. 258.