

Voces: CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ CONTRATO ~ CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ~ OBLIGACIONES ~ RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL ~ RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL ~ NATURALEZA JURIDICA

Título: Caso fortuito y fuerza mayor en el Código Civil y Comercial

Autor: López Mesa, Marcelo J.

Publicado en: LA LEY 29/04/2015, 29/04/2015, 1

Cita Online: AR/DOC/1264/2015

Sumario: I. El incumplimiento de la prestación en el nuevo Código.— II. El caso fortuito en el Código Civil y Comercial.— III. El caso fortuito en el cumplimiento obligacional y en la responsabilidad extracontractual y sus diferencias. Su rol en cada caso.— IV. Naturaleza jurídica del casus.

Abstract: El Código Civil y Comercial, al igual que lo hacía el Código de Vélez, utiliza indistintamente los términos caso fortuito y fuerza mayor asignándoles idénticos efectos, siendo indiferente la alusión a uno u otro vocablo. Pero, ocurre que ontológica o conceptualmente, ambas terminologías no sólo no son idénticas, sino que tienen importantes diferencias entre sí, ya que caso fortuito es lo que no ha podido preverse y fuerza mayor, lo que no ha podido evitarse, aun previéndose su acontecimiento y aun su inminencia. No obstante, con los textos del Código Civil y Comercial a la vista, no queda más que concluir que ambos términos se utilizan como sinónimos, en cuanto a los efectos que producen sobre la obligación y, por consiguiente, la definición del art. 1730 del Código Civil y Comercial se aplica también a la fuerza mayor.

I. El incumplimiento de la prestación en el nuevo Código

Como principio, se presume que el incumplimiento de la prestación estipulada en un contrato, hace nacer la responsabilidad del incumplidor, quien debe indemnizar al acreedor los daños y perjuicios que haya sufrido; para eximirse de las consecuencias jurídicas derivadas de la mora o el incumplimiento, el deudor debe probar que estos extremos no le son imputables (arg. art. 888 Cód. Civil y Com, a contrario sensu).

Es así que el principio general de la presunción de imputabilidad del incumplimiento tiene, entre otras excepciones, la imposibilidad de cumplimiento que deriva del caso fortuito o de la fuerza mayor (art. 1730 Cód. Civil y Com.).

"El deudor es liberado de sus obligaciones, exonerado de toda responsabilidad, cuando la inejecución no le es imputable, porque ella es causada por la fuerza mayor, también denominada caso fortuito. La fuerza mayor constituye una causa exoneratoria de la responsabilidad contractual, como de la responsabilidad delictual. Ella no se confunde con la ausencia de culpa" (1).

La imposibilidad de la que hablamos no es la imposibilidad originaria de la prestación, ya que ella no es un obstáculo al cumplimiento, sino al propio nacimiento de la obligación y se le aplica otro régimen jurídico (arts. 955, 956 y 1732 Cód. Civil y Com.).

De la imposibilidad a que aquí nos referimos es a la imposibilidad sobrevenida de la prestación, siendo indiferente la naturaleza de la imposibilidad siempre que ésta sea absoluta y permanente, en vez de transitoria; la imposibilidad debe así ser insuperable o no eliminable. Puede tratarse de una imposibilidad objetiva, esto es, que afecte a la prestación en sí misma (supuesto que no puede ocurrir en la obligación genérica) o subjetiva, cuando se refiere a las condiciones personales del deudor o del acreedor, de suerte que de no concurrir tales circunstancias personales, la prestación sería posible (2).

Agudamente se ha puntualizado que "Cuando la imputabilidad no surge porque el hecho dañoso no depende de la voluntad del agente, se perfila la figura del llamado caso fortuito y, consiguientemente, la exoneración de todo género de responsabilidad. Es, pues, Caso, todo hecho no imputable, todo hecho que sea 'independiente de la humana voluntad y más precisamente—cuando el caso fortuito se relaciona con el incumplimiento de la obligación—todo hecho que haga éste imposible, sin culpa del obligado. Es éste, como se ve, un concepto meramente negativo porque implica solamente una negación de la culpa; se afirma que el campo propio del caso fortuito comienza allí donde la culpa termina. Pero con ser negativo es el más adecuado y en definitiva el único

posible, porque una determinación positiva del caso fortuito (como suelen hacerla algunos autores), supone que el hecho ofrece características intrínsecas y objetivas, reconocibles y absolutas cuando un mismo hecho puede considerarse como fortuito respecto a una determinada relación jurídica y no respecto a otra. Cuando, en efecto, se recurre en la determinación positiva del concepto, a la idea de imprevisibilidad y a la de inevitabilidad del hecho, no se expresa una cualidad intrínseca y objetiva de éste; la imprevisibilidad y la inevitabilidad son en sí y por sí esencialmente relativas y sólo pueden valorarse cuando se consideran frente a una relación dada, al deber de previsión del obligado, a la posibilidad que éste tenía de evitar el hecho. Hay que afirmar, pues, que se da el caso fortuito cuando no se da en la relación concreta la necesidad de la previsión y la obligación de un especial cuidado en evitarlo; por esto, su determinación ha de tener forzosamente un carácter negativo" (3).

Claro que el caso fortuito o la fuerza mayor no son comodines, que pueden hacerse valer fácilmente, ni en cualquier obligación para desligarse de ella.

Es que, "existen obligaciones cuya específica fase de desarrollo, no permite que se produzca la imposibilidad. Es el caso de los bienes inciertos, esto es, aquellos que se indican en su especie o cantidad ...o de los bienes fungibles, es decir, los que tienen idénticas características con otros de su misma especie y calidad. Aquí rige el principio *genus nunquam perit* (el género no se pierde), por virtud del cual, el deudor no puede eximirse de la entrega invocando la pérdida sin su culpa, pues simplemente falta la individualización Es el supuesto paradigmático de las obligaciones pecuniarias, las cuales nunca devienen en imposibles, por lo que el deudor siempre se encuentra obligado a cumplir. Esta regla tiene una excepción cuando la obligación recae en un género limitado (por ejemplo: la vid del fundo rural), y todo el género se pierde sin culpa del deudor Ahora bien, luego de practicada la individualización del bien, con la elección de la cosa destinada para realizar el pago o mediante la especificación de este, o determinación dentro del género, entonces la obligación se convierte en una de dar bienes ciertos ..., por lo que a partir de esa fase sí puede acaecer la imposibilidad de cumplir" (4).

La gravitación del caso fortuito, más aún la de la fuerza mayor, implica, requiere o involucra necesariamente la concurrencia de dos extremos, uno de hecho y otro racional o lógico:

a) Requisito de hecho: debe tratarse de una obligación en la que el caso fortuito sea alegable, lo que no ocurre en las que fueron enumeradas en el párrafo mediato anterior; y

b) Requisito lógico o racional: es necesario un análisis causal: la fuerza mayor es el arquetipo de la causa ajena del incumplimiento obligacional, por concepto no imputable al deudor.

Tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, en especial esta última, son la quintaesencia de la inimputabilidad del incumplimiento y de la ajenidad de la causa y, es sabido, que nadie debe responder por una causa extraña a su esfera de responsabilidad, justamente porque ella corta —total o parcialmente— el nexo causal entre el daño y la actuación del dañador, en este caso el deudor que no ha satisfecho la prestación a su cargo.

Bien se ha dicho que "la fuerza mayor no es sino un supuesto de ausencia demostrada de culpa" (5).

Y dado que en el caso fortuito —al igual que en la fuerza mayor— no hay imputabilidad —ni por culpa ni por dolo, ni por ningún factor de atribución—, ya que la ajenidad de la causa corta la imputación causal, previa al análisis conductal, el deudor que no cumple su obligación ante un incumplimiento determinado por el caso fortuito, queda liberado de su yugo obligacional.

Si se trata de una imposibilidad objetiva, puede ella ser natural, cuando la cosa que se comprometiera entregar quedara destruida o inutilizada desde el punto de vista material o puede tratarse de una imposibilidad jurídica, cuando las autoridades establecieran una prohibición de venta de la cosa o ella fuera declarada fuera del comercio.

A su vez, si la imposibilidad es subjetiva, ella puede deberse a las condiciones personales del deudor cuando, por ejemplo, éste perdiera la capacidad de enajenar la cosa o de cederla o, directamente, la aptitud física para realizar la prestación. La imposibilidad puede ser total o parcial, cuando la prestación por partes no altere el contenido de la obligación. Ello, pues cuando la prestación por partes afecta a la prestación misma, cualquier cumplimiento que no sea total o completo debe juzgarse insatisfactorio y, como tal, arrastra a la prestación al terreno del incumplimiento total (6).

II. El caso fortuito en el nuevo Código Civil y Comercial.

El art. 1730, 1º párr. Cód. Civ. Com. establece: "Caso fortuito. Fuerza mayor. Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario". La norma sigue de cerca al Código de Vélez.

Este concepto clásico y tradicional del caso fortuito, se remonta en sus orígenes al Derecho romano (7).

El nuevo Código Civil y Comercial argentino emplea la expresión caso fortuito en los artículos 763, 792, 955, 1201, 1203, 1206, 1268, 1371, 1376, 1413, 1536 inc. d), 1730, 1731, 1733, 1767, 1787, 1975, 2º párrafo, 2146 2º párrafo, 2404 2º párrafo, 2515 último párrafo, 2519 y la expresión fuerza mayor en el art. 1258 del mismo.

En algunos artículos usa ambas conjuntamente, unidas por la conjunción "o" (arts. 955, 1203, 1371 y 1730 Cód. Civil y Com.).

También, varias leyes especiales, como las leyes 13.246 (Aparcerías rurales), 23370 (Financiamiento de la vivienda) y 24449 (Ley de tránsito) también emplean la expresión caso fortuito.

Y en el art. 1730, segundo párrafo, el nuevo Código Civil y Comercial aclara que "Este Código emplea los términos "caso fortuito" y "fuerza mayor" como sinónimos".

Este Cód. Civ. y Com., al igual que lo hacía el Código de Vélez en diversas normas, utiliza indistintamente los términos caso fortuito y fuerza mayor asignándoles idénticos efectos, siendo indiferente la alusión a uno u otro vocablo (8).

Pero, ocurre que ontológica o conceptualmente, ambas terminologías no solo no son idénticas, sino que tienen importantes diferencias entre sí, ya que caso fortuito es lo que no ha podido preverse y fuerza mayor, lo que no ha podido evitarse, aún previéndose su acontecimiento y aún su inminencia.

Pese a algunas disquisiciones doctrinarias atinadas sobre la diferencia entre estos conceptos, lo cierto es que con los textos del nuevo Código Civil y Comercial a la vista, no queda más que concluir que, al menos en la tesitura de ese Código, ambos términos se utilizan como sinónimos, en cuanto a los efectos que producen sobre la obligación, y por consiguiente la definición del art. 1730 Cód. Civil y Com. se aplica también a la fuerza mayor.

La jurisprudencia nacional ha dicho atinadamente que caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse; pero en verdad, más importante que la imprevisibilidad es la inevitabilidad, puesto que tanto lo imprevisible como lo previsible exoneran al deudor de responsabilidad cuando resulta inevitable (9).

Bien se ha puntualizado que el concepto o la noción de caso fortuito es en extremo complejo (10).

Como sea, la larga lista de normas que expresamente mencionan al "caso fortuito", como causa de justificación del incumplimiento o de justificación del daño, permite ver que del alcance que se asigne a esta expresión depende la resolución de numerosos supuestos que se plantean, si no todos los días, sí al menos asiduamente.

El caso fortuito no incide sobre el factor de atribución de responsabilidad, sino que impacta sobre el presupuesto de la relación causal. Por ende, la metodología adecuada es la de tratarlo con la relación de causalidad, ya que la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor va a entrañar siempre la ruptura de la cadena causal, y va a traer aparejada la irresponsabilidad del agente demandado, no en virtud de su "falta de culpabilidad", sino por no ser autor del daño (11).

El caso fortuito el paradigma o arquetipo de la causa ajena (12). Sabido es que cuando se produce la ruptura del nexo causal por la irrupción en la cadena de causalidad de una causa aportada por un tercero por quien no se debe responder, o por el propio perjudicado o por un hecho de la naturaleza, que ostente los caracteres de inevitable y/o imprevisible, el agente queda desvinculado de responsabilidad en la medida de la ajenidad de la causa (13).

Por eso es que autores del talento de Malinvaud no se confunden sino que aciertan cuando tratan el tema de la fuerza mayor dentro del género de la causalidad y sostienen que la prueba de una causa ajena al deudor o demandado, como es la prueba de la causa mayor, no es otra cosa que la prueba de un supuesto de "no-causalidad" a su respecto (14).

El principio es que nadie debe responder por una causa ajena. Ello, al punto de que, como bien dicen Le Tourneau y Cadet, "fuerza mayor y responsabilidad son dos términos antinómicos e inconciliables" (15).

III. El caso fortuito en el cumplimiento obligacional y en la responsabilidad extracontractual y sus diferencias. Su rol en cada caso.

Seguidamente, cabe realizar algunas precisiones sobre la incidencia del casus, según el ámbito jurídico de que se trate. La primera de ellas es que el concepto de casus es el mismo en el ámbito de la responsabilidad aquiliana y en el terreno del incumplimiento obligacional y contractual pero, en cambio, no es igual el rol que juega en una y otra y es distinto su alcance.

En la vereda contractual, la fórmula de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones —el juicio de disvalor o de reproche— está integrado por tres elementos: dos de imputación (se responde por dolo o por culpa) y uno de justificación (no se responde por caso fortuito o fuerza mayor) (16).

El caso fortuito como causal o elemento de justificación tiene por misión equilibrar el fiel de la balanza, liberando al deudor en supuestos en que exigirle el cumplimiento de la obligación, implica exigir algo sobrehumano (17).

En materia contractual, el caso fortuito como factor de excusación debe compatibilizar tres principios jurídicos fundamentales:

- a) Las obligaciones se contraen para cumplirse;
- b) El Derecho no puede exigir imposibles;
- c) Nadie contrata para arruinarse.

Las obligaciones deben cumplirse porque para eso nacen, pero cuando se tornan de cumplimiento imposible, cede el primer principio ante la primacía de la realidad, y entonces la fuerza mayor puede liberar al deudor de una prestación, cuya imposibilidad de cumplimiento pone un límite a su exigibilidad (18).

En materia extracontractual, a diferencia de lo anteriormente expuesto, la justificación del hecho dañoso por la fuerza mayor no resulta indispensable, dado que existe o no existe en cada caso un factor de atribución (dolo, culpa o riesgo creado). Si está presente en el caso ese factor, hay responsabilidad y no caso fortuito. Si no se encuentra ese factor de atribución, es porque lo desplaza el caso fortuito (19).

En palabras de MOSSET ITURRASPE, "la actuación del hecho calificado como fortuito es diferente en cada una de las zonas en que se divide la responsabilidad por daños; en la configurada por el incumplimiento de la obligación... actúa sobre la prestación debida por el deudor, sobre el dar, hacer o no hacer, impidiendo su cumplimiento. Obsta a que se haga, destruye la cosa que se va a entregar, etc. ... En la zona de los actos ilícitos... el hecho fortuito es el que desencadena el daño, la fuente del perjuicio" (20).

La conclusión es clara: la fuerza mayor tiene distinta funcionalidad, según se trate de supuestos de responsabilidad contractual o aquiliana. En el primer caso, la justificación por casus no borra la obligación, pero libera al deudor de su cumplimiento. En cambio, en materia extracontractual la circunstancia extraordinaria impide, lisa y llanamente, el nacimiento mismo de la obligación (21).

Otras dos diferencias fundamentales pueden marcarse entre el caso fortuito que opera en la responsabilidad contractual y en la extracontractual:

a) la primera de ellas, consiste en la apreciación más rigurosa del casus en la responsabilidad contractual, en especial cuando quien invoca el casus tenía sobre sí una obligación de seguridad o de garantía (22). En estos casos, la apreciación de la diligencia de quien invoca el casus es estricta en lo que toca a la previsibilidad del evento dañoso y a la toma de medidas de evitación de todo lo que aparezca como probable. Un cocontratante, en especial, si carga con una obligación de seguridad o garantía hacia su contraparte, para eximirse por caso fortuito debe acreditar un alto standard de previsión y de toma de medidas de evitación, bastante por encima de lo que es dable exigir al agente dañador en un supuesto de responsabilidad civil extracontractual (23).

De otro modo, la obligación de seguridad o la de garantía pasarían a ser moldes vacíos, porque los obligados permanentemente alegarían despreocupadamente el caso fortuito, sin esforzarse por prever aquellas situaciones

que aparecen como probables, ni evitar el acaecimiento de sucesos dañosos derivados de ellas.

b) Una segunda diferencia estriba en la carga de la prueba del casus, la que pesa estrictamente en cabeza del deudor que pretende liberarse; ello, dado que el mero incumplimiento temporáneo de la obligación hace presumir su imputabilidad, razón por la cual el deudor que pretende liberarse de responsabilidad por el incumplimiento, debe desvirtuar una presunción que pesa en su contra, con lo que no cabe aceptar en estos casos indicios o inferencias travestidas de pruebas, sino que se requiere de probanzas serias que desbaraten la presunción inicial con que cargaba en su contra el deudor.

Así, se ha decidido que en materia de culpa contractual, el acreedor no necesita probar su existencia; le basta invocar la obligación derivada del contrato y acreditar la existencia de éste: si el deudor pretende que él no es responsable por alguna causa legal, es decir por haber mediado en un caso fortuito o de fuerza mayor, la prueba de éste es a su cargo. El acreedor sólo debe probar la existencia de la obligación incumplida, de modo que aun aceptando las llamadas obligaciones de resultado, en tanto que el enfermo el resultado que espera es su curación; está habilitado para demandar la reparación si las consecuencias fueran dañosas (24).

En cambio en la responsabilidad aquiliana, la demostración del caso fortuito puede producirse indirectamente, pudiendo surgir de la prueba colectada, incluso sin prueba producida por el actor o de hechos de pública notoriedad.

Pero, sentado ello, cabe decir que muchas veces se ha identificado indebidamente a la fuerza mayor con la ausencia de culpa. Es un error, pues si bien en algunas ocasiones coinciden en un caso ambos supuestos, no son nociones equiparables ni, menos aun, interdefinibles.

El equívoco suele darse al focalizar excesivamente el segmento contractual de responsabilidad, donde la ligazón o cercanía de la falta de culpa con el casus es más estrecha.

Pero quede claro que desde el momento en que no se responde cuando no hay culpa y tampoco se responde cuando hay fuerza mayor, debe saberse si ambas nociones son distintas o si por el contrario se confunden en un mismo concepto.

Según una primera opinión, la fuerza mayor es idéntica a la falta de culpa: es la sostenida por René Savatier. Su argumento básico es el siguiente: o el evento dañoso era imprevisible e inevitable, o había forma o posibilidad de prevenirlo o evitarlo. En el primer caso, en el mismo punto ideal en que desaparece la culpa nace la fuerza mayor. En el segundo caso se configura nitidamente la culpa del agente que no recurrió a todos los medios para evitar el daño.

Ese insigne civilista argentino, no tan recordado como debiera, el maestro José María López Olaciregui le formuló reparos a esta opinión: es exacto, decía, que la fuerza mayor se configura por la inevitabilidad y la imprevisibilidad, pero no lo es en cambio, que la culpa pueda formularse como una proposición contradictoria a aquélla, y que en consecuencia bastan para definirla la evitabilidad y la culpabilidad.

Si un chofer de ambulancia para salvar la vida de un enfermo grave circula a gran velocidad, incluso cuando hay poca visibilidad por la lluvia y el pavimento está húmedo, está conduciéndose de modo imprudente, siendo previsible en tal situación un accidente; es más, incluso el chofer puede hacerse una representación mental del peligro que corre y hace correr a otros, pero puede ser dudoso que haya mediado culpa, porque existía una causa de justificación que es la urgencia que a estos vehículos les otorga una prioridad de paso absoluta, por sobre cualquier otra prioridad de paso concedida, cuando circulan con las luces y sirenas de emergencia prendidas.

En ese caso, bien pudo haber habido un acto imprudente (previsibilidad), pero no una acción subjetivamente culpable (imputabilidad). Para rebatir la opinión de Savatier, concluye López Olaciregui, que en el ejemplo dado, no ha mediado fuerza mayor, porque el daño era previsible. En consecuencia, no puede decirse que la culpa nace en aquel punto ideal en que la fuerza mayor desaparece. Por el contrario, entre la fuerza mayor y la culpa hay una zona intermedia: la falta de culpa. Ello, claro en las obligaciones de medios, ya que en las de resultado, nada hay intermedio entre la fuerza mayor y la culpa.

La diferencia entre el caso fortuito y la falta de culpa radica en la prueba. La prueba de la fuerza mayor supone justificar un hecho positivo, concreto y determinado. La de la falta de culpa es una prueba negativa e indefinida: se

puede probar el no haber incurrido en alguna imprudencia y el haber tomado ciertas precauciones, pero no podría probarse el no haber incurrido en "ninguna" imprudencia, ni tampoco el haber tomado "todas" las precauciones. Se trataría ella de una prueba diabólica.

Pero es justamente en materia de prueba donde se encuentra la distinción, puesto que el incumplimiento de la obligación sólo acarrearía uno de dos efectos, y no tres: la responsabilidad o la irresponsabilidad del obligado.

Como premisa del primero, estaría el elemento "culpa", condicionado por las circunstancias particulares de cada caso: de personas, lugar, tiempo, naturaleza de la obligación y el mayor o menor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (argumento del art. 1725 Cód. Civil y Com.).

En cuanto al segundo efecto, la irresponsabilidad, sólo podría tener por causa la falta de culpa, que se graduaría correlativamente, como es de comprender, de acuerdo a esas mismas circunstancias expuestas.

Ahora bien, la falta de culpa, de por sí negativa en su sentido genérico, al aplicarla a un caso dado, podría ser demostrada mediante la prueba de hechos negativos, como ser el no haber incurrido en mora, etc., o de hechos positivos: el caso fortuito o la fuerza mayor, comprendiendo dentro del concepto de "imprevisibilidad" e "inevitabilidad" al hecho del tercero y la culpa del acreedor.

Pero el concepto de caso fortuito es graduable, y varía de acuerdo a las circunstancias de cada caso particular, las que el juez debe apreciar, de la misma manera que lo es el concepto de culpa.

Para decirlo en palabras fácilmente comprensibles, el caso fortuito no es una estatua de bronce que muestra siempre iguales perfiles y que proyecta invariablemente la misma sombra sobre los hechos del caso, sino que es más parecido a un fluido que adopta la forma del continente, por lo que son los hechos del caso, los que moldean al caso y que sirven para apreciarlo en su real incidencia y no al revés.

La confusión entre ausencia de culpa y casus se ha producido más por inadvertencia que otra cosa. "La expresión "ausencia de culpa" puede ser usada con sentido amplio o con sentido restringido. En el primer caso —sentido amplio— comprende todas las situaciones en las que no hay culpa de aquél a quien se exige el pago de una indemnización por daños y perjuicios. De esta forma, el caso fortuito es una de las situaciones posibles de ausencia de culpa. En el segundo caso —sentido estricto o particular— la expresión "ausencia de culpa" denota aquellas situaciones en las que, no existiendo culpa, tampoco se ha presentado un caso fortuito o de fuerza mayor, un hecho determinante de tercero o un hecho determinante de la víctima. De lo expuesto podría pensarse que la ausencia de culpa (en sentido amplio) es el género, mientras que la ausencia de culpa (en sentido estricto) es la especie. Sin embargo, este planteamiento no es totalmente correcto. Es verdad que todo caso fortuito constituye un caso de ausencia de culpa (en sentido amplio); y también es cierto que no todo caso de ausencia de culpa (en sentido amplio) constituye un caso fortuito. En esto parecen cumplirse las características de las relaciones entre el género y la especie. Pero lo fundamental estriba en que la noción de ausencia de culpa y la noción de caso fortuito pertenecen a órdenes conceptuales distintos; y que, aunque presentan relaciones entre sí, según se ha visto, sólo pueden ser adecuadamente comprendidas si se las ubica dentro de sus respectivos órdenes" (25).

La inadvertencia que venimos denunciando radica en que no se comprende que falta de culpa y caso fortuito atañen o inciden sobre dos presupuestos diferentes de la responsabilidad:

- a) la falta o ausencia de culpa es una noción que opera dentro de la esfera de la culpabilidad; y
- b) el caso fortuito es un concepto que juega respecto del presupuesto de causalidad, que es anterior a la culpabilidad, pues si no hay relación causal entre hecho y daño, no tiene importancia si hubo culpa.

De ello cabe concluir que el caso fortuito es bastante más que la ausencia de culpa porque en él interviene una nueva causa, que interrumpe la continuidad o cadena causal y la fractura, absorbiendo la incidencia de las condiciones anteriores a ella.

Un interesante desarrollo ha sido efectuado últimamente en esta materia por Sebastián Picasso, quien ha expuesto que "El caso fortuito exime, en principio, de responsabilidad, ya sea que nos emplacemos en el terreno del incumplimiento de obligaciones o del hecho ilícito extracontractual. Sin embargo, esa exoneración adquiere en ambos supuestos matices diferenciados. En efecto, en la responsabilidad extracontractual el caso fortuito fractura el nexo causal entre el hecho del agente y el daño, y desplaza la autoría hacia ese evento imprevisible o

irresistible (arts. 1730 y 1731). Sin embargo, el casus no elimina el deber general de no dañar: el sindicado como responsable sigue estando obligado a no causar perjuicio a los demás, solo que en el caso en cuestión la causa del daño no será un hecho suyo (o de alguien por quien deba responder, o de una cosa de la que es dueño o guardián), sino un evento exterior, irresistible o inevitable" (26).

Y agregó luego el camarista capitalino que "En materia obligacional, en cambio, más que de una cuestión de autoría (pues en esa materia, según ya lo hemos señalado, el análisis no debe partir del "hecho" que daña, sino del incumplimiento, que es un concepto distinto) se trata de evaluar la incidencia que el casus tiene en la posibilidad de cumplir la obligación. Es que, cabe repetirlo una vez más, el incumplimiento es el fundamento de la responsabilidad contractual; en la medida en que exista una obligación incumplida, el deudor será responsable de los daños que el acreedor haya experimentado —con independencia de si la configuración de ese incumplimiento requiere de la existencia de culpa— habrá responsabilidad del deudor (art. 1749). Por eso, en este terreno el caso fortuito únicamente exime en la medida en que provoca una imposibilidad de cumplimiento de la obligación, que tiene, además, los caracteres de objetiva y absoluta (arts. 955 y 1732). En tal caso, el flamante código dispone que la imposibilidad de cumplimiento extingue la obligación, y es por ese motivo —más que por una cuestión de autoría— que el deudor se exonera: al no existir obligación incumplida, tampoco hay responsabilidad del solvens. Como lo señala correctamente Mayo: "mientras no ocurra la referida imposibilidad, carece de relevancia que el evento tenga las características del caso fortuito" (27).

La conclusión que extrajo de tales desarrollos fue la siguiente: "Es decir que, mientras que en la responsabilidad extracontractual el caso fortuito interrumpe el nexo causal (pero no extingue el deber genérico de no dañar), y por eso libera al responsable, en la inejecución de obligaciones el casus sólo tiene virtualidad para exonerar si se traduce en una imposibilidad de cumplimiento que reúna los caracteres ya apuntados, y que en consecuencia, provoque la extinción del vínculo" (28).

Bien ha dicho el maestro De Trazegnies que "...mientras que la ausencia de culpa es un factor que se define negativamente (por una ausencia), el caso fortuito se define positivamente (por un evento). Entonces, para que pueda hablarse de caso fortuito no basta que no exista culpa; tiene que haberse producido un evento de características excepcionales" (29).

Ello así, no cabe confundir ni identificar caso fortuito con ausencia de culpa, ni sostener que todo lo que no sea culpa debe constituir caso fortuito o fuerza mayor.

En suma, el casus no es una mera ausencia de culpa, sino esa ausencia pero a la que necesariamente debe añadirse la inevitabilidad del evento dañoso.

Llevado al articulado del Código Civil, el mayor o menor deber de prever y de obrar con prudencia que se exige del deudor (art. 1725, 1º párrafo, del Cód. Civil y Com.) se traduce en una mayor o menor dificultad que se antepone para la admisión de las pruebas positivas y negativas de descargo que se le admite al deudor. Quede claro que el art. 1725, 1º párrafo, Cód. Civil y Com. —ex art. 902 Cód. de Vélez— no incide sobre la relación de causalidad, donde no juega, sino sobre la apreciación de la culpa (30).

Pero el campo intermedio entre la culpa y la fuerza mayor, del que hablaban el maestro López Olaciregui y los hermanos Mazeaud, desaparece en los casos de presunción de derecho de culpa, como en el caso del art. 1113 y concordantes del Código de Vélez, donde ya no le será posible al deudor para liberarse de su obligación, presentar la prueba de su falta de culpa, sino que deberá demostrar positivamente el acaecimiento de un evento externo y extraordinario el caso fortuito que para el criterio del juez sea lo suficientemente justificable para servirle de excusa. Pero, en el caso dado, la apreciación deberá ser estricta, ya que las circunstancias especiales que lo configuran se lo exigen.

En nuestra opinión la aparición y afianzamiento de la tesis del riesgo creado en la vida jurídica, vino a dar la razón a quienes sostenían la segunda postura (López Olaciregui y los Mazeaud).

La tesis del riesgo quitó protagonismo a la culpa, motivo por el cual hoy no puede sostenerse que se de una dicotomía perfecta entre culpa (o ausencia de ella) y casus.

Desde 1968, en nuestro país puede darse un caso en que no haya culpa y no ser aplicable el casus, porque se

trata de un caso donde se aplica el factor de atribución riesgo creado.

Hoy el casus ha corrido su frontera, que antes lindaba con la culpa, hasta más allá del riesgo creado.

Felizmente nuestro país no padeció con fuerza un intento extranjero, gestado por los ideólogos de la reparación, de borrar el caso fortuito, cuando de responsabilidad por riesgo de la cosa se tratare.

Fuera de nuestras fronteras, el caso fortuito, instituto milenario, ya conocido y desarrollado en el Derecho romano, se ha visto colocado en medio de una polémica, por los seguidores de la ideología de la reparación que pretenden objetivar toda responsabilidad, para lo cual el caso fortuito se convirtió en un estorbo, y proponen lisa y llanamente su supresión, como medio de exoneración de responsabilidad.

En esta línea ha dicho un autor peruano que "Si se quiere proteger eficazmente a la víctima frente al daño que le ha sobrevenido, por razón de responsabilidad por riesgo (mediante cosa o actividad peligrosa), la presunción de culpa debe ser iuris et de iure; el lesionante no puede demostrar su excusabilidad por caso fortuito" (31).

No estamos de acuerdo en absoluto con esta posición, la que felizmente es inaplicable lisa y llanamente en nuestro país, por el propio texto del art. 1730 del nuevo Código Civil.

IV. Naturaleza jurídica del casus.

De acuerdo a la definición de nuestro Código, el hecho "imprevisible o inevitable" que configura un caso fortuito o casus, podría consistir en un acontecimiento de la naturaleza o en un acto humano.

De tal modo que para tratar el tema de la naturaleza jurídica del casus, primero debe analizarse de qué variante estamos hablando, porque —como es de toda lógica— no tendrá la misma naturaleza un hecho de la naturaleza que un acto humano.

El hecho de la naturaleza, se trataría siempre de un hecho jurídico (art. 257 Cód. Civil y Com.). Y, dentro de éstos, el caso fortuito podría presentarse como un hecho jurídico natural o externo, como ser un terremoto o una tempestad (los ingleses los llaman "actos de Dios"). Hasta allí no hay dificultades.

Pero, si existen inconvenientes en la conceptualización esencial del casus, cuando fuese producido por un hecho o acto humano.

Si se tratara de un caso fortuito producido por un hecho del hombre, puede tratarse de un simple acto lícito (art. 258 Cód. Civil y Com.) o de un hecho involuntario, que el nuevo Código sigue llamando erróneamente "acto involuntario" (art. 261 Cód. Civil y Com.).

El acto jurídico, al tener como fin inmediato producir consecuencias jurídicas, puede configurar también un caso fortuito (art. 259 Cód. Civil y Com.), que sirva de excusa suficiente para liberar al deudor de una obligación (un ejemplo de esta variante, serían aquellos "casus" que Salvat denomina "órdenes o prohibiciones de las autoridades y que la doctrina tradicional llama "hecho del príncipe", como sería el caso del retiro de una concesión de servicio público o la expropiación de un inmueble. Estos actos sólo configurarían caso fortuito en contadas ocasiones, ya que los actos humanos por oposición a los hechos de la naturaleza, no siempre resultan "imprevisibles".

Un simple acto lícito (art. 258 Cód. Civil y Com.) que, como no tiene por fin inmediato producir consecuencias jurídicas, como podría ser el desfile de tropas o la parada militar del 25 de Mayo, al impedir el normal funcionamiento de los medios de transporte, podría configurar caso fortuito, si le impidiese a alguien cumplir una obligación a su cargo, que debiera realizarse ese día.

Pero también podría tratarse de un hecho humano ilícito (arts. 1716 y 1733 inc. f) Cód. Civil y Com.) el casus. En este segmento, el robo a mano armada o el accidente callejero, serían ejemplos de hechos voluntarios ilícitos delictuales o cuasidelictuales, que según fueran las circunstancias del caso podrían ser casos fortuitos.

Por último, para completar el cuadro general de los hechos jurídicos, el hecho de una persona privada de su razón es involuntario (art. 261, inc. a) Cód. Civil y Com.), sea lícito o ilícito; este hecho, de impedir el cumplimiento de una obligación, serviría de justificación del incumplimiento del deudor.

Lo visto permite comprobar que al presentar el caso fortuito una multiplicidad de posibilidades de materialización (hecho de la naturaleza, simple hecho humano lícito, "acto involuntario", acto jurídico), puede

tener distinta naturaleza según cuál sea el hecho que lo origina (32).

Sólo queda anticipar una observación de importancia, que luego desarrollaremos debidamente: tratándose de un acto humano, éste deberá ser siempre "externo" o "ajeno" con respecto al deudor de la obligación, lo que significa que deberá provenir de un tercero (33).

"...Cualquiera sea el contenido de la prestación —un comportamiento diligente, o un determinado opus— un hecho ajeno al deudor, imprevisible e irresistible puede, a pesar del despliegue de la diligencia promotora, obstar a que la prestación sea satisfecha conforme a lo pactado, debiendo aquel ser exonerado de la responsabilidad por la falta de fiel u oportuno cumplimiento. De ahí que el caso fortuito, construido en la forma expresada en las líneas precedentes, constituya el límite general de la responsabilidad contractual" (34).

(1) MALAURIE, Philippe - AYNÉS, Laurent - STOFFEL MUNCK, Philippe, "Les obligations", Ed. Defrénois, 4ª edic., París, 2009, p. 510, Nro. 952.

(2) DE RUGGIERO, Roberto, "Instituciones de Derecho Civil", trad. de la 4ª edic. italiana de Ramón Serrano Súñer y José Santa-Cruz Teijeiro, Edit. Reus, Madrid, 1931, vol. II, p. 123.

(3) DE RUGGIERO, R., "Instituciones de Derecho Civil", cit, vol. II, pp. 135/136.

(4) GONZÁLEZ BARRÓN, Günther, prólogo a "Derecho de obligaciones. Estudios", de Reinhard ZIMMERMANN, Ediciones Legales, Lima, Perú, 2012, p. 16.

(5) MEDINA ALCOZ, María, "La fuerza mayor como circunstancia exoneradora de la responsabilidad civil extracontractual. El tránsito de su suposición a su expresa proclamación", en <http://www.mjusticia.gob.es/>

(6) DE RUGGIERO, "Instituciones de Derecho Civil", cit, vol. II, p. 123.

(7) A mayor abundamiento, respecto de los antecedentes históricos del tema, vid. LÓPEZ MESA, Marcelo, "Derecho de las Obligaciones. (Análisis exegetico del nuevo Código Civil y Comercial)", Edit. B. de F., Buenos Aires, 2015, T. I, Cap. 7, en prensa.

(8) C. Nac. Civ., sala C, 5/9/2000, JA 2001-II-571.

(9) C. Nac. Civ., sala C, 5/9/2000, JA 2001-II-571.

(10) BUFFELAN LANORE, Yvaine - LARRIBAU TERNEYRE, Virginie, "Droit civil. Les obligations", 12ª edic., Edit. Sirey, París, 2010, p. 593, Nro. 1724.

(11) Conf. TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, "Tratado de la responsabilidad civil", 2ª edic., Buenos Aires, Edit. La Ley, 2011, T. II, p. 822; ALTERINI - LÓPEZ CABANA, El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual, en "Derecho de daños", Ed. La Ley, Bs. As., 1992, p. 164 y s.

(12) Vid. al respecto el interesante artículo del Ing. Alberto H. PUPPO, Académico de Número de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, sobre "Análisis probabilístico de la figura legal del caso fortuito", texto de la conferencia pronunciada en esa Corporación en la sesión plenaria del 7 de septiembre de

2009.

(13) Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo, "Derecho de las Obligaciones. (Análisis exegético del nuevo Código Civil y Comercial)", Edit. B. de F., Buenos Aires, 2015, T. I, Cap. 7, en prensa.

(14) MALINVAUD, Philippe, "Droit des obligations", 10ª edic., Edit. Litec - Lexis Nexis, París, 2007, pp. 489 y ss., Nros. 685/694.

(15) LE TOURNEAU, Philippe - CADIET, Lœc, "Droit de la responsabilité", Dalloz, París, 1998, p. 295, N° 901.

(16) KENNY, Silvia Elena, "Concepto del caso fortuito y de la fuerza mayor en nuestro Código Civil", en "Homenaje a la memoria del Profesor Alfredo Colmo", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 83.

(17) TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, "Tratado de la responsabilidad civil", cit, T. II, p. 823.

(18) LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Curso de derecho de las obligaciones", Edit. Depalma, Buenos Aires, 2000, T. I, p. 255.

(19) KENNY, S., "Concepto del caso fortuito y de la fuerza mayor en nuestro Código Civil", cit., p. 83.

(20) MOSSET ITURRASPE, J, Responsabilidad por daños, T. III, p. 47.

(21) KENNY, Concepto del caso fortuito y de la fuerza mayor en nuestro Código Civil, cit., p. 83.

(22) Sobre el particular vid el artículo de CALVO COSTA, Carlos Alberto, "El caso fortuito como eximente ante las obligaciones de seguridad", RCyS 2004, 149.

(23) En esta línea se precisó en un caso que demostrada por el paciente la frustración del resultado —o sea la causación del daño por la rotura del aparato intensificador de imágenes empleado en el acto operatorio— sólo asiste al ente de salud o al médico la posibilidad de probar una "causa ajena": culpa de la víctima, hecho de un tercero por el que no debe responder o el "casus" genérico fluyente los arts. 513 y 514 CC. La demostración del caso fortuito "latu sensu" exige prueba del origen "extraño" del hecho. El recaudo de "extraneidad" no se cumple cuando el perjuicio reconoce génesis en el vicio de la cosa o en la "mayor dañosidad" que se sigue de su uso o empleo: el vicio o riesgo de la cosa no es, en consecuencia un recurso "extraño" respecto de la cosa sino un hecho propio de ella por el cual hay que responder. En efecto, tanto el médico como el establecimiento de salud son deudores de una obligación de seguridad resultado de tipo objetivo (sus responsabilidades son contractuales y directas por ende, uno y otro —médico y ente— responden como deudores de esa prestación que les compete, siendo absolutamente indiferentes las calidades de "dueños" o "guardianes" que puedan ostentar. El médico, pues, es potencialmente responsable como sujeto pasivo de la relación obligatoria (art. 604 CC.) sin perjuicio de que, al no ser un "dependiente" técnico científico de la persona jurídica, pueda, a la vez, ser "guardián" (C. Nac. Civ., sala D, 07/09/1984, "Astesiano, Alberto M. v. Policlínica Bancaria 9 de Julio", JA 1986-I-221).

(24) C. Nac. Civ., sala B, 11/09/1985, "Oisaukas de Argamasilia Ana M. v. Municipalidad de Buenos Aires", JA 1986-III-132, voto de la Dra. Estévez Brasa.

(25) DE TRAZEGNIES, Fernando, "La Responsabilidad Extracontractual", 7ª edic., Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, Tomo I, p. 348, Nro. 175.

(26) PICASSO, Sebastián, "La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", en "Suplemento especial Código Civil y Comercial de la Nación", Edit. La Ley, Buenos Aires, Noviembre de 2014, p. 161.

(27) PICASSO, S., "La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", cit, p. 161.

(28) PICASSO, "La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", cit, p. 161.

(29) DE TRAZEGNIES, Fernando, "La Responsabilidad Extracontractual", cit, T. I, p. 348, Nro. 175.

(30) Cfr. Cám. Apels. Trelew, Sala A, 12/8/2013, "CENTENO, Ana María c/ SCHMIDT, Jorge Daniel y Otras s/ Daños y Perjuicios" (Expte. 48 - Año 2013 CAT) y "CENTENO, Ana María c/ MUNICIPALIDAD DE TRELEW s/ Daños y Perjuicios" (Expte. 47 - Año 2013 CAT), en La Ley online, votos Dres. M. López Mesa y Carlos A. Velázquez.

(31) LEÓN BARANDIARAN, José L, "Comentarios al Código Civil Peruano (Derecho de Obligaciones) T. I, Acto jurídico, 2ª ed., Edit. Ediar, Buenos Aires, 1954, p. 409.

(32) Vid, a mayor abundamiento, nuestro trabajo titulado "Los requisitos, los efectos y la prueba del caso fortuito en el nuevo Código Civil y Com.", que es continuación del presente estudio y se publicará en esta misma revista próximamente.

(33) PATIÑO, Hernán, "Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración", ponencia presentada en el VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, univ. Externado de Colombia, Bogotá, 2007, publicado en "Revista de Derecho Privado", Bogotá, 2008, p. 201.

(34) BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, "El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual. Concepto y función del caso fortuito en el Código Civil Chileno", Edit. Legal publishing, Santiago de Chile, 2010, p. 52.