

CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Fortuitous events and force majeure in times of pandemic

LUIS FERNANDO ORAMAS VELASCO¹

Investigador independiente, Guayaquil, Ecuador

Resumen

El presente artículo es un estudio sobre la figura del caso fortuito y la fuerza mayor y sobre su posible aplicación como consecuencia de la incidencia del COVID-19. En primer lugar, se realiza una breve introducción histórica sobre el origen y las principales características del concepto de caso fortuito. Posteriormente, analizamos la imprevisibilidad, la irresistibilidad y la falta o ausencia de culpa como los tres requisitos que deben presentarse para poder alegar su existencia. El artículo también examina los efectos jurídicos del caso fortuito en los contratos y, a modo de conclusión, trata de responder si esta institución jurídica es adecuada para resolver las disputas jurídicas que se van a suscitar en el mundo del derecho de los contratos a raíz de la pandemia.

Palabras clave

Diligencia, Imprevisibilidad, Irresistibilidad, Culpa, Contratos.

Abstract

This article is a study on the figure of the fortuitous case and force majeure and their possible application as a consequence of the appearance of COVID-19. First, a brief historical introduction is given on the origin and main characteristics of the concept of fortuitous case. Subsequently, we analyze the unpredictability, irresistibility, and absence of fault as the three requirements that must be presented in order to be able to allege its existence. The article also examines the legal effects of the fortuitous event on contracts and, by way of conclusion, attempts to answer whether this legal institution is suitable for resolving the legal disputes that will arise in the world of contract law as a result of the pandemic.

Keywords

Care, Unpredictability, Irresistibility, Negligence, Contracts.

1. Introducción

La principal consecuencia de la pandemia del COVID-19 dentro del mundo del Derecho será, indiscutiblemente, el incumplimiento de las obligaciones pactadas por las partes en los contratos. La enfermedad en sí misma o los actos de autoridad, como el estado de excepción, no permitirán que las partes cumplan en la fecha prevista sus obligaciones contractuales. Este incumplimiento, producto de una situación excepcional, seguramente llevará a los deudores

¹ Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil y Máster en Derecho Transnacional de los Negocios por el Instituto de Empresa (IE). Correo electrónico: loramas@coronelyperez.com



a argumentar la existencia de figuras jurídicas como el caso fortuito y la fuerza mayor,² la imprevisión contractual o la frustración del fin del contrato para poder exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones. Estas figuras fueron creadas por el derecho privado para regular situaciones de carácter excepcional.

En el presente artículo únicamente me referiré al caso fortuito y la fuerza mayor (por fines prácticos en adelante utilizaré “caso fortuito” para referirme a ambos términos), al ser esta la única figura reconocida en nuestro Código Civil (CC) como eximente de responsabilidad civil contractual y extracontractual ante la aparición de eventos imprevisibles. Esta institución ha sido escasamente desarrollada por la doctrina, y, a pesar de que existe jurisprudencia ecuatoriana que se refiere a ella, tampoco ha sido analizada de forma minuciosa por los tribunales, al menos en lo relativo a sus requisitos y sus efectos. Son pocos los artículos del CC que se refieren al caso fortuito; sin embargo, su construcción es bastante compleja y por ello ha dado lugar a numerosas disquisiciones de carácter jurídico.

Siendo una figura poco estudiada en nuestro país, no resulta extraño que su interpretación, por parte de abogados y jueces, sea confusa en distintos aspectos; por ejemplo, existe una idea generalizada que sostiene que el principal efecto de su aplicación es la extinción de las obligaciones de la parte deudora, lo cual no es correcto. Existen matices que deben ser considerados en cada caso particular. Es, por lo tanto, esencial conocer los requisitos copulativos que deben cumplirse para que se configure el caso fortuito, y los efectos jurídicos que se producen cuando la parte deudora lo alega. Por último, trataré de responder con ejemplos si la pandemia del COVID-19 puede considerarse como un caso fortuito.

2. Concepto Caso Fortuito

Conviene señalar que el caso fortuito es una figura antiquísima que se remonta al Código de Hammurabi (Gianfelici, 1995, pp. 9-14),³ reconocido como uno de los primeros textos legales de la historia de la humanidad. Posteriormente fue recogida por diferentes legislaciones como la griega y hebrea o por el derecho romano y siguió evolucionando a lo largo de los siglos. Andrés Bello, redactor del Código Civil chileno que fue posteriormente adoptado por Ecuador, recogió esta figura de las Siete Partidas y luego la incluyó en el actual artículo 45 del Código Civil chileno. Nuestro CC tiene la misma definición del código chileno, y en su artículo 30 establece el concepto de caso fortuito de la siguiente forma: Art. 30.- Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

De dicha definición se extraen dos de los requisitos del caso fortuito: la imprevisibilidad y la irresistibilidad. Sin embargo, casi todos los países con sistema de derecho continental han agregado un tercer elemento, que es la exterioridad.⁴ En Ecuador los tribunales no se han referido a la exterioridad, razón por la cual considero que sería erróneo señalar que la exterioridad es un requisito indispensable para alegar el caso fortuito localmente. Por su parte, el CC en su artículo 1563 señala a la falta o ausencia de culpa como una especie de requisito para alegar el caso fortuito,

² En materia laboral, existe un debate actual sobre el caso fortuito y la fuerza mayor toda vez que según el diario El Universo, en una noticia publicada el 13 de junio del 2020, se registraron alrededor de 17.000 contratos individuales terminados por caso fortuito o fuerza mayor durante la emergencia por la pandemia del COVID-19.

³ El artículo 266 del Código de Hammurabi fue el primero en regular la institución de la fuerza mayor y el caso fortuito; según dicho cuerpo legal: “Si en el establo ocurre golpe de Dios o asáltale el león, jure el pastor ante Dios y soporte el amo el daño que ocurrió en el establo”

⁴ En Chile, por ejemplo, la doctrina y los tribunales han aceptado de forma unánime a la exterioridad como requisito. En Colombia, el Consejo de Estado también ha señalado a la exterioridad como un requisito.

lo cual se puede considerar como una aproximación legal a la exterioridad, a pesar de que existen diferencias conceptuales entre estas dos figuras. Más adelante me referiré a este punto.

El artículo 30 del CC establece únicamente algunos ejemplos de hechos imprevisibles e irresistibles que pueden ser considerados como casos fortuitos, es decir, la enumeración de casos no es taxativa, sino que tiene un carácter meramente enunciativo o ejemplificativo. Según nuestro Código Civil, un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos o un acto de autoridad pueden ser considerados como caso fortuito y fuerza mayor. Como dato anecdótico, el artículo 802 del CC, relativo a las obligaciones del usufructuario de rebaños, expresamente considera a las epidemias como eventos fortuitos al establecer que “si el ganado o rebaño perece en todo o en gran parte, por efecto de una epidemia u otro caso fortuito, el usufructuario no estará obligado a reponer los animales perdidos”.

Otra discusión gira en torno a la diferencia entre los términos caso fortuito y fuerza mayor. Según la doctrina y la jurisprudencia,⁵ la diferencia radica en quién produjo o fue causante del hecho: si el hecho fue causado por el hombre, entonces se denomina fuerza mayor, y el ejemplo clásico es el acto de autoridad ejercido por un funcionario público como lo sería el estado de excepción. Estos actos de autoridad se conocen también como hechos del príncipe. En cambio, los hechos producidos por la naturaleza, como un terremoto, un aluvión, un tornado, una epidemia, etc., son considerados casos fortuitos:

Por caso fortuito se entiende un evento natural inevitable, al cual no es posible resistir, como un terremoto, rayo, incendio no imputable, epidemia, y por fuerza mayor a hechos humanos inevitables para cualquier deudor, como su aprehensión por error de la autoridad (Alessandri y Somarriva, 2004, p. 279).

A pesar de que existe esta distinción de carácter conceptual, nuestro CC utiliza ambos términos como sinónimos, y nuestra jurisprudencia sostiene que los efectos que producen son exactamente los mismos. En consecuencia, en la actualidad la distinción tiene un carácter doctrinal, pero carece de relevancia práctica.⁶ En la misma línea, muchos se preguntan si el COVID-19 debe ser considerado un caso fortuito o fuerza mayor. En realidad, la pandemia engloba supuestos de caso fortuito (el virus) y de fuerza mayor (la cuarentena, los toques de queda y demás actos de autoridad derivados del estado de excepción). Es probable que la mayoría de los casos fortuitos alegados se deberán a hechos del hombre, es decir, a aquellos casos en los cuales no se ha podido cumplir una obligación como consecuencia de un acto de autoridad. Como ejemplo podría señalarse el de una persona que, en virtud de un contrato de suministro, está obligada a entregar cierta mercadería, pero no puede entregarla a tiempo por las restricciones de movilidad impuestas por el gobierno. Con todo, se debe reconocer que en países que han tenido un número importante de contagios (Ecuador, Chile o Perú, por citar algunos casos) existe un porcentaje elevado de personas que no han podido cumplir lo pactado por haber contraído la enfermedad; en esos casos, el supuesto por el cual se alega el caso fortuito es el COVID-19 y no un acto de autoridad.

⁵ Este criterio fue acogido por la jurisprudencia ecuatoriana en las sentencias: Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil (2001), *E. Cuaba S.A. v. El Dorado C.A. de Seguros y Reaseguros*, Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2273; y, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil (2007), *Multitrans S.A. v. Inchcape Shipping Services*, Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 4. Página 1434.

⁶ Esta postura ha sido defendida por la mayor parte de los tratadistas, entre ellos Demogue, Aubry y Rau, Luis Claro Solar, Manuel Somarriva, Arturo Alessandri, etc.

3. Elementos

3.1. Imprevisibilidad

El primer elemento que debe existir para considerar al hecho como un caso fortuito es la imprevisibilidad. Un hecho imprevisible, por definición, es aquel que no se ha podido prever (Abeliuk, 2001, p. 746). Sin embargo, es posible llegar a la conclusión de que todo hecho o suceso puede ser previsible o imaginable. Como se ha señalado: prever es una operación intelectual. Así, una persona con gran imaginación podrá prever un número elevadísimo de sucesos. Sin embargo, el derecho no nos exige que tengamos que prever todo; esto sería ilógico o imposible. Por lo tanto, la pregunta que debemos formular es la siguiente: ¿qué debemos prever al momento de celebrar un contrato? Según la jurisprudencia y la doctrina se debe prever únicamente aquellos eventos que razonablemente podrían ocurrir para una persona diligente (Díez-Picazo, 2008, pp. 726-728).

Lo señalado en el párrafo precedente es fundamental para entender la imprevisibilidad, toda vez que debe existir un esfuerzo intelectual por parte de los contratantes conducente a anticiparse a todos aquellos eventos que podrían dificultar el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En este ejercicio, la diligencia, entendida como una regla objetiva de conducta, juega un rol esencial porque obliga a las partes a emplear el debido cuidado y actuar conforme lo haría un hombre de negocios o a un buen padre de familia. En definitiva, un hecho puede considerarse imprevisible si una persona diligente no debió anticipar dicho suceso.

Para la doctrina tradicional (Alessandri y Somarriva, 2004, pp. 280-281), la imprevisibilidad es un requisito absoluto, es decir, se trata de la imposibilidad total de prever un acontecimiento. En cambio, para la doctrina moderna, como Tapia (2019a, párr. 60) y Brantt (2011, pp. 59-62), la imprevisibilidad es un requisito relativo, es decir, se trata de averiguar si un individuo diligente, puesto en las mismas circunstancias del deudor, hubiese previsto el acontecimiento. La Corte Nacional de Justicia del Ecuador (2002, pp. 3387-3393) ha seguido el segundo criterio.

Un caso que ilustra bien cómo opera la imprevisibilidad es el de Chile, país con un altísimo grado de actividad sísmica. Según la jurisprudencia chilena, la ocurrencia de un terremoto o un tsunami no constituye caso fortuito por tratarse de hechos que ocurren de forma frecuente (Tapia, 2019, párr. 78). Esto obliga a que los contratantes en Chile se anticipen a la ocurrencia de uno de estos eventos, regulando sus consecuencias jurídicas en los contratos. Sin embargo, puede suceder que el terremoto sea imprevisible para las partes, como lo fue aquel que ocurrió en 1960 en la ciudad de Valdivia, al tratarse de uno de 9,5 de magnitud en la escala de Richter. Un terremoto de esa magnitud sucede cada 300 o 400 años (Barrientos, 2015), motivo por el cual es evidente que se trata de un hecho poco frecuente, poco probable y de muy rara ocurrencia. Algo parecido pasó en Ecuador con el terremoto en Manabí; si bien es cierto que nuestro país sufre cada cierto tiempo temblores fuertes, un terremoto de 7,8 grados como el que tuvo a Manabí como epicentro es un hecho muy poco probable y frecuente. El último precedente de un terremoto de esa magnitud en Ecuador se remonta a 1942, es decir, hace casi 75 años.⁷

Resulta interesante analizar la imprevisibilidad en el caso del COVID-19: ¿realmente se puede considerar imprevisible su aparición? Si tenemos presente que cada 5 o 10 años suelen aparecer pandemias considerables (zika, ébola, dengue, SARS, etc.), que la Organización Mundial de la Salud advirtió en el 2019 sobre la posibilidad de que una pandemia aparezca o que en varios artículos (Cheng et al., 2007, p. 883) y eventos

⁷ Ecuador sufrió uno de los terremotos más significativo de su historia el 13 de mayo de 1942. El sismo fue de 7,8 grados y su epicentro fue en Chone, entre Atahualpa, Chibunga y San Francisco de Novillo.

académicos (Gates, 2015) se discutió sobre los peligros de permitir la compra y el consumo de animales exóticos en mercados chinos, se podría sostener que, en efecto, el COVID-19 era un hecho previsible. Pero la realidad es que estamos en presencia de una enfermedad extremadamente contagiosa, con un alto grado de mortalidad y con efectos que todavía no son claros para los expertos. Esta pandemia es tan atípica que, por primera vez en la historia, se han cerrado prácticamente las fronteras de todos los países del mundo. La última vez que una enfermedad similar puso en vilo al planeta fue la gripe española de 1918. Esto es, un evento que sucedió hace más de 100 años.

En conclusión, la aparición del COVID-19 y sus consecuencias fueron imprevisibles para las partes al tratarse de un hecho excepcional, atípico, poco frecuente y probable. Las cuarentenas también fueron imprevisibles al ser actos de autoridad que ningún ecuatoriano pudo razonablemente prever meses antes de la pandemia. En el caso particular de nuestro país, se debe señalar que, durante el mes de marzo, pese a las advertencias de las autoridades, se celebraron eventos como fiestas o matrimonios; hay que tener en cuenta que en estos casos particulares, o en casos similares, los deudores no podrán alegar el caso fortuito porque en esa fecha las consecuencias del virus eran previsibles, y también porque el hecho alegado como caso fortuito por los deudores sobreviene por su culpa.

3.2. Irresistibilidad

A nivel doctrinario, se puede señalar que un acontecimiento es irresistible cuando a pesar de haber desplegado el deudor la actividad pertinente conforme a la diligencia a él exigible en el caso concreto, no ha podido sustraerse de sus efectos, por lo que el incumplimiento se ha producido igualmente (Brantt, 2011, p. 69). La diligencia, al igual que en la imprevisibilidad, juega un papel importante en la irresistibleidad al obligar al deudor a realizar actos tendientes a resistir el hecho, a intentar librarse de los obstáculos o las dificultades que presenta; y, en caso de que no se pueda evitar el hecho, a actuar para controlar o mitigar los efectos del caso fortuito.

Desde un punto de vista más práctico, para conocer si estamos ante un hecho irresistible debemos plantearnos dos preguntas distintas: ¿el hecho se pudo resistir? Y, en caso hipotético de que no se haya podido resistir el hecho, ¿podían al menos controlarse o mitigarse sus efectos? Si el día de mañana, por ejemplo, un tsunami golpea las costas ecuatorianas, es evidente que un suceso de la naturaleza como el señalado no puede ser resistido. Ahora, ¿se podrían controlar sus efectos tomando ciertas precauciones? Habría que analizar caso por caso para poder responder a esta pregunta.

Al igual que ocurre con la imprevisibilidad, hay una doctrina tradicional que la considera en términos absolutos como una imposibilidad total de evitar el acontecimiento o sus efectos (Brantt, 2011, 64-66). Para la doctrina moderna, sin embargo, se trata de un requisito relativo en el sentido de que consiste en determinar si una persona que ha empleado una mediana diligencia pudo evitar que el acontecimiento ocurra o frenar sus consecuencias.

En el caso del COVID-19 podemos concluir que el hecho fue irresistible pues prácticamente ha afectado a todos los países del mundo pese a medidas de contención desde su aparición. De la misma forma se puede señalar que, al menos en Ecuador, sus efectos no pudieron controlarse: nuestro país fue uno de los primeros en la región en decretar el estado de excepción y cerrar las fronteras y aun así el virus tuvo efectos devastadores. No obstante, ciertos países como Uruguay pudieron mitigar los efectos del virus de forma efectiva, demostrando así que el análisis para establecer si el hecho fue irresistible debe observar las circunstancias de cada caso concreto.

3.3. Falta de culpa

A pesar de que nuestra jurisprudencia no establece de forma expresa a la falta o ausencia de culpa por parte del deudor como un requisito necesario para poder alegar el caso fortuito, nuestro Código Civil en su artículo 1563 advierte que el deudor es responsable del caso fortuito cuando este ha “sobrevenido por su culpa”, razón por la cual es frecuente que se considere a esta falta o ausencia de culpa como un tercer requisito. En consecuencia, para que se configure el caso fortuito es necesario que quien la alega no haya sido el causante o el responsable del caso fortuito. Nuestra jurisprudencia se refiere a este requisito en el caso *Romero Ponce v. Metropolitan* (Corte Suprema de Justicia, 2002).

Los hechos resumidos son los siguientes (solo me referiré al análisis del caso fortuito): el Dr. Romero, luego de realizar un masterado en Estados Unidos, decidió regresar a Ecuador y, para tal efecto, contrató a la empresa Metropolitan Expreso Cía. Ltda. para que se encargue de todo el proceso de mudanza de los bienes muebles y del menaje de Estados Unidos a la ciudad de Quito. Luego de que se firmaron los respectivos contratos y las partes acordaron el traslado de los bienes, el contenedor con los bienes llegó a la ciudad de Guayaquil en septiembre del 1998 para su posterior traslado a Quito. Durante esa época, los robos a contenedores eran muy frecuentes en Guayaquil, razón por la cual el Dr. Romero alertó a Metropolitan Expreso Cía. Ltda. sobre la importancia de contar con la adecuada seguridad para el traslado. La empresa respondió que no tenían razones para preocuparse, que nunca habían tenido problemas con los robos y que tenían años de experiencia en el negocio.

Luego, Metropolitan Expreso Cía. Ltda. subcontrató a otra empresa (Transportes Victoria) para que esta traslade los bienes de Guayaquil a Quito. Unas semanas después, el Dr. Romero recibió una llamada de un gerente de Metropolitan Expreso Cía. Ltda. para indicarle que el contenedor había sido asaltado por diez personas armadas.

En respuesta a lo sucedido, el Dr. Romero demandó a Metropolitan Expreso Cía. Ltda. por incumplimiento del contrato. En el juicio, la empresa demandada esgrimió que el robo fue un caso fortuito y que, en consecuencia, no eran responsables de lo sucedido. En primera y en segunda instancia los jueces rechazaron dicho argumento. Finalmente, el caso llegó a casación y allí también se desechó el argumento esgrimido por la empresa. Según la ex Corte Suprema de Justicia (2002), el porteador “es responsable si por **culpa suya** hubiere contribuido al advenimiento del caso fortuito; y, si en la conducción de la mercadería no hubiere puesto la diligencia y el cuidado que acostumbran los porteadores inteligentes y precavidos” (énfasis fuera de la cita textual).

El tribunal también indicó que los hechos “demuestran y establecen que el siniestro se operó por su total negligencia e irresponsabilidad y por no haber puesto diligencia o cuidado como acostumbran las personas inteligentes y precavidas” (Corte Suprema de Justicia, 2002).

4. Prueba y excepciones del caso fortuito

Existe la posibilidad de que, a pesar de estar frente a un caso fortuito, el deudor igual deba responder por su incumplimiento. Así lo establece expresamente el CC en su artículo 1688. El deudor debe responder en tres casos: cuando el caso fortuito sobreviene por su culpa. En este caso, como es lógico, la ley no permite que el deudor se beneficie de su propia culpa y por eso deberá responder por su falta de diligencia o cuidado. Tampoco puede eximirse del cumplimiento de su obligación el deudor moroso. El último caso es muy relevante porque dispone que no se podrá alegar el caso fortuito cuando en el contrato las partes hayan estipulado que el deudor asume el caso fortuito. Esta estipulación es lícita en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, y permite que las partes libremente asignen cuál de ellas debe soportar los riesgos en

el contrato ante un caso fortuito. La inclusión de una cláusula de esta naturaleza, reguladora del caso fortuito, es un mecanismo importante para que las partes conozcan de antemano lo que sucedería en un hipotético evento de fuerza mayor.

Con respecto a la prueba, el artículo 1563 del CC señala que incumbe a quien la alega y el artículo 1690 repite esta idea cuando señala que “el deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega”. Por tanto, si el deudor quiere exonerarse de su obligación de indemnizar al acreedor, este deberá probar el caso fortuito.

5. Efectos jurídicos del caso fortuito

En materia de responsabilidad civil contractual, el deudor puede eximirse de la obligación de indemnización por incumplimiento en dos casos: cuando demuestra que ha actuado diligentemente o cuando prueba que hubo un caso fortuito. En el primero de los casos se exonera de responsabilidad al deudor porque no se configura la culpa, que es uno de los presupuestos de la responsabilidad civil. El caso fortuito, en cambio, exonera al deudor de responsabilidad porque existe un hecho externo que afecta el nexo o la cadena causal.

El principal efecto del caso fortuito es la exoneración de la indemnización moratoria (Art. 1574 CC: La mora causada por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios) y también de la indemnización compensatoria (Art. 1563 CC). En consecuencia, en aquellos casos en los cuales el deudor no puede cumplir su obligación a raíz de un caso fortuito, el principal efecto para el deudor es el de eximirlo del remedio de indemnización normalmente disponible para el acreedor. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 1563 del Código Civil establece ciertas excepciones que obligan al deudor a responder (por mencionar un ejemplo, cuando el caso fortuito ocurre después de que el deudor se ha constituido en mora).

Adicionalmente, cuando se estudian los efectos del caso fortuito, hay tres situaciones que deben ser analizadas: a) casos en los cuales el impedimento causado por el caso fortuito es temporal y casos en los cuales el impedimento es definitivo; b) las obligaciones de cuerpo cierto y obligaciones de género; y, c) la vinculación del caso fortuito con la teoría de los riesgos.

5.1. Impedimento temporal e impedimento definitivo

Cuando el impedimento que causa el caso fortuito es temporal, el efecto jurídico que acontece es la suspensión de la ejecución de la obligación por parte del deudor. En la mayoría de los casos, el acontecimiento considerado como caso fortuito tiene un carácter temporal. Así, si Juan se obliga con Pedro a entregar cierta mercadería en una determinada fecha, pero no puede cumplir en la fecha pactada por la restricción de movilidad impuesta por la autoridad, entonces Juan queda liberado de indemnizar a Pedro, pero su obligación de entrega únicamente se suspende porque la restricción de movilidad tiene un efecto temporal. Una vez que cesa el hecho considerado como caso fortuito, Juan debe cumplir con su obligación de entrega. Por lo tanto, cuando el impedimento es temporal los efectos del caso fortuito son dos: la exoneración del deber de indemnizar al acreedor los daños derivados de su incumplimiento y la suspensión de la ejecución de la obligación. En los casos en los cuales la ejecución de la obligación se suspende porque el impedimento es temporal, cabe preguntarse si existe algún estándar de razonabilidad sobre el período de duración de la suspensión. A pesar de que nuestro Código Civil nada dice al respecto, existen otros cuerpos legales como el CC de Francia o los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Artículo 8:108) que sostienen que el impedimento temporal puede extinguir la obligación cuando el cumplimiento tardío no representa un interés para el acreedor.

En aquellos casos en los cuales el impedimento es definitivo como consecuencia de un caso fortuito, se extingue la obligación del deudor. Por ejemplo, contratan a Juan para que dé un concierto con motivo de la celebración del cumpleaños de una persona, pero Juan no puede movilizarse al lugar en el cual debía cumplir con su obligación por el toque de queda. Indudablemente, al tratarse de una obligación de plazo esencial, la misma se extingue, liberando a Juan de sus obligaciones. Sin embargo, la extinción opera porque, según el artículo 1686 del Código Civil, se produce una imposibilidad sobrevenida.

Tradicionalmente, la doctrina⁸ ha defendido que la extinción y la liberación del deudor opera como consecuencia del caso fortuito cuando el impedimento que lo provoca es definitivo, pero en la actualidad la posición dominante por parte de los tratadistas contemporáneos es que dicha situación legal se produce en virtud de uno de los modos de extinción de las obligaciones según el artículo 1686 de nuestro CC que es la pérdida de la cosa que se debe o la imposibilidad sobrevenida (Brantt, 2011, pp. 70-75). Esta distinción es importante porque demuestra que no procede, como tradicionalmente se ha sostenido, atribuir al caso fortuito un efecto extintivo.

Esta confusión sobre el efecto extintivo que comúnmente se ha atribuido al caso fortuito ha sido tratada en Chile por numerosos autores en las últimas décadas.⁹ Al respecto, la profesora Patricia Verónica López (2015) ha señalado lo siguiente:

Tradicionalmente se ha postulado que el caso fortuito tendría un efecto liberatorio y exoneratorio, pues, por una parte, libera al deudor de responsabilidad y, por otra parte, extingue la obligación. Tal planteamiento confunde la imposibilidad sobrevenida y el caso fortuito, en circunstancias que se trata de figuras cuyos presupuestos y consecuencias jurídicas son diversos. En efecto, el caso fortuito exonera de responsabilidad, de modo que su acaecimiento solo incide en la procedencia de la indemnización de daños. En cambio, la imposibilidad sobrevenida repercute en la liberación del deudor y extiende su eficacia más allá de la indemnización (p. 86).

Lo señalado por la profesora López es importante porque, en resumidas cuentas, defiende la idea de que el modo de extinguir las obligaciones es la imposibilidad sobrevenida (provocada por el caso fortuito) y, en cambio, el caso fortuito únicamente cumple una función exoneratoria de la obligación de indemnizar los perjuicios por el incumplimiento. A pesar de que las diferencias entre los efectos de la imposibilidad sobrevenida y el caso fortuito pueden ser muy finas y casi imperceptibles en ocasiones, resulta interesante observar el debate que este tema ha generado en el derecho civil durante los últimos años.

5.2. Obligaciones de género y de cuerpo cierto

Se ha señalado en la doctrina que la cosa genérica puede definirse como aquella determinada solo por los caracteres comunes a todos los individuos de su género o especie; en cambio, se entiende por cosa específica o cuerpo cierto a aquellas cosas determinadas por sus caracteres propios que las distinguen de todas las demás de su género o especie (Parraguez, 2018, p. 137). Así, si la obligación de dar consiste en la entrega de 100 kilos de harina o de \$10.000, la obligación es genérica, porque se trata de bienes genéricos. En cambio, si la obligación consiste en entregar el caballo Rocinante, estamos frente a una obligación de cuerpo cierto toda vez que cuando aludimos al caballo Rocinante nos referimos a un caballo con características particulares.

⁸ Así, entre otros, Fueyo Laneri, Somarriva, Alessandri, Abeliuk, Lacruz Berdejo, etc.

⁹ Por citas a algunos de ellos: Iñigo de la Maza, María Graciela Brantt, Álvaro Vidal Olivares, Patricia Verónica López

La regla que ha seguido la jurisprudencia es que el caso fortuito puede alegarse en las obligaciones de entrega de cuerpo cierto mas no en las de género. Me obligo a entregar un cuerpo cierto, un cuadro de Rendón, pero una tormenta excepcional (supuesto de caso fortuito) inunda mi casa y el cuadro se destruye; en ese supuesto, mi obligación de entrega se extingue por la pérdida de la cosa que se debe (Art. 1686 del CC), y no solo eso, sino que, como veremos más adelante, la obligación del acreedor de pagar el precio subsiste.

En cambio, si la obligación de entrega recae sobre bienes genéricos, como 100 kilos de arroz o harina, que se destruyen durante un incendio, la obligación del deudor de entrega subsiste porque nuestro Código Civil sigue en el artículo 1526 la regla según la cual el género no perece al señalar claramente que “la pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación; y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya, mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe”. Por esa razón, se entiende que siempre se podrá cumplir entregando otros 100 kilos de arroz o harina. Esto también lleva a que el caso fortuito no pueda ser alegado por parte de arrendatarios o en obligaciones dinerarias: el arrendatario o el deudor de una obligación dineraria siempre podrá cumplir pagando porque el dinero no perece. Especial atención merece el contrato de arrendamiento: se ha defendido la idea de que el arrendatario, a pesar de no poder utilizar el inmueble (imaginemos el caso de un local arrendado en un centro comercial cerrado por el COVID19) igual debe cumplir con su obligación de pagar el canon de arrendamiento al arrendador, inclusive si el arrendador no cumple con su obligación principal de entregar el inmueble. No obstante, el arrendatario podría buscar que se aplique el artículo 1867 del CC para resolver el contrato en aquellos casos en los cuales el retardo del arrendador de entregar el inmueble (que es una de las principales obligaciones del arrendador) “disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato” (De la Maza y Vidal, 2020).

5.3. Teoría de los riesgos

La Teoría de los riesgos es una figura íntimamente ligada con el caso fortuito. Esta teoría busca determinar qué sucede con la obligación de una de las partes en un contrato bilateral cuando la prestación debida se extingue como consecuencia de un caso fortuito. En otras palabras, la finalidad de esta teoría es la de establecer cuál de las partes deberá soportar el riesgo del contrato si la obligación de la parte deudora deviene imposible por el caso fortuito.

El Derecho civil establece distintas reglas para la asignación de los riesgos contractuales. La regla tradicional que brinda el Derecho Civil es la *res perit creditori*. Esta regla implica que los riesgos son del acreedor. Otra regla que el Derecho prevé como solución es la *res perit debitori*, en virtud de la cual el deudor debe soportar los riesgos del contrato. La tercera regla existente es la *res perit domino*: el riesgo de la cosa recae sobre su propietario. En el caso fortuito juega un papel importante la primera regla. Según la regla general del artículo 1566 del CC, si la cosa que se debe se destruye por un caso fortuito, el acreedor debe soportar la pérdida o el deterioro: “el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se debe, recae en el acreedor”. Por esa razón, en el ejemplo del cuadro de Rendón, la obligación del acreedor de pagar el precio subsiste a pesar de que el cuadro se destruyó como consecuencia caso fortuito. Otro ejemplo: Juan se obliga a entregar a Pedro una casa que da al mar en Salinas pero un tsunami arrasa con la casa. Juan se libera de su obligación de entrega; en cambio, la obligación de pagar la casa de Pedro subsiste según lo que estipula el artículo 1566 de nuestro Código Civil.¹⁰

¹⁰ En Ecuador no abunda la literatura sobre este tema en particular; sin embargo, en Chile la solución que brinda la teoría de los riesgos ha sido considerada como “absurda, ridícula, monstruosa, irreflexiva, injustificada, etc.” por importantes civilistas como Alessandri, Meza Barros, Abeliuk o Troncoso Laronde.

Esta solución, considerada como injusta y arbitraria, ha recibido numerosas críticas por parte de la doctrina (López Santa María y Elorriaga De Bonis, 2017, p. 660), entre las cuales podemos señalar la inconsistencia con el régimen de transferencia de derechos reales, la inobservancia la teoría de la causa, la ineficiente de distribución de los riesgos o el incumplimiento del principio de buena fe contractual. No obstante, la aplicación del artículo 1566 del Código Civil debe ser considerada restrictiva en el sentido de que únicamente se refiere a aquellos casos en los cuales existe una obligación de dar un cuerpo cierto. Mientras que en las obligaciones que consisten en la entrega de un cuerpo cierto rige la teoría de los riesgos, el Código Civil no hace ninguna referencia a la posibilidad de que el riesgo recaiga en el acreedor en las obligaciones de hacer y de no hacer.

6. Conclusión

De forma resumida se reseñan en el presente artículo los requisitos y los principales efectos jurídicos del caso fortuito y la fuerza mayor. A pesar de su aparente simplicidad, el caso fortuito es una figura que debe ser construida en atención a los requisitos que meticulosamente deberá analizar el juez en cada caso concreto.

También resulta importante, con miras al futuro, que se comience a discutir sobre la necesidad de incorporar cláusulas que regulen al caso fortuito, de tal forma que las partes conozcan de forma previa los riesgos contractuales asumidos. Asimismo, las partes, con base en el principio de la autonomía de la voluntad, pueden libremente excluir al caso fortuito en el contrato o, incluso, pueden pactar que hechos se considerarán como caso fortuito en el contrato.

Por último, es necesario señalar que esta figura, creada con el espíritu de proteger al deudor ante la aparición de hechos imprevisibles e irresistibles, resulta insuficiente ante la complejidad de los problemas causados por un evento de tal envergadura como lo ha sido el COVID-19. Eso me lleva a proponer, como lo han hecho España, Alemania o Portugal, por citar algunos ejemplos, la creación de una ley que, de forma específica, regule situaciones en las cuales los deudores resultan claramente perjudicados, como en el caso de los arrendamientos o las obligaciones dinerarias.

Referencias bibliográficas

- Abeliuk, R. (2001). *Las Obligaciones. Tomo II*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Alessandri, A y Somarriva, M. (2004). *Tratado de las Obligaciones. Volumen II*. Segunda Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Brantt, M. G. (2011). El Caso Fortuito: Concepto y Función como Límite de la Responsabilidad Contractual. *En Cuadernos de Análisis Jurídico. Incumplimiento contractual nuevas Perspectivas* (pp. 47–82). Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 1ª ed.
- Cheng VC, Lau SK, Woo PC, y Yuen KY (2007). Severe acute respiratory syndrome coronavirus as an agent of emerging and reemerging infection. *Clin Microbiol Rev.*, pp. 660-964.
- Coustasse, A. e Iturra, F. (1958). *El Caso Fortuito ante el Derecho Civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- De La Maza, I. y Vidal, A. (2020). Los efectos del incumplimiento contractual causado por caso fortuito en tiempos de pandemia Covid19. *Revista de Derecho Civil*, ISSN 2341-2216 vol. 7. núm. 3, pp. 123-161.

- Díez-Picazo, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las Relaciones Obligatorias*. Madrid: Thomson Civitas.
- Gates, Bill. (2015) *¿La próxima epidemia? No estamos listos*. Recuperado de: https://www.ted.com/talks/bill_gates_the_next_outbreak_we_re_not_ready?language=es
- Gianfelici, M. (1995). *Caso Fortuito y Caso de Fuerza Mayor*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Idealex.Press (2020) *Arrendamientos comerciales y Caso Fortuito por I. De la Maza y A. Vidal* (18 de abril de 2020). Idealex.press. Recuperado de: <https://idealex.press/arrendamientos-comerciales-y-caso-fortuito/>
- La Tercera (2015). El día que un megaterremoto cambió la geografía de Valdivia y la historia de la sismología en el mundo. (22 de mayo del 2015). La Tercera. Recuperado de: <https://www.latercera.com/noticia/el-dia-que-un-megaterremoto-cambio-la-geografia-de-valdivia-y-la-historia-de-la-sismologia-en-el-mundo/>
- López Santa María, J. y Elorriaga De Bonis, F. (2017). *Los Contratos. Parte General*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- López, P. V. (2015) *La Autonomía de la Indemnización de Daños por Incumplimiento de un Contrato Bilateral en el Código Civil Chileno*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Meza, R. (1997). *Manual de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Ospina, F. (2005) *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis.
- Parraguez, L. (2018) *Régimen Jurídico de los Bienes*. Quito: Editora Jurídica Cevallos.
- Tapia, M. (2019). *Caso Fortuito o Fuerza Mayor*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- . (2020a). ¿El COVID-19 es un caso fortuito? *Universidad de Chile*. Recuperado de <http://www.derecho.uchile.cl/comunicaciones/columnas-de-opinion/el-covid-19-es-un-caso-fortuito---mauricio-tapia.html>
- . (2020b) *Caso Fortuito y Covid19 [Webinar]*. Chile. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=BaFYa44azXo>

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil (2002). *Caso Romero Ponce v. Metropolitan*. Gaceta Judicial 11, Serie 17 No. 11.

Leyes

- Código Civil (2005). En Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Congreso Nacional de la República del Ecuador.