

EL CASO FORTUITO COMO CAUSAL DE LIBERACION DEL DEUDOR CONTRACTUAL

Atilio Aníbal Alterini*****

1. Este trabajo lleva el propósito de determinar qué significado jurídico se le asigna —en la esfera de la responsabilidad contractual— al sustantivo caso *fortuito o fuerza mayor*¹; qué se implica al afirmar que si el deudor pretende liberarse está precisado a acreditar la ocurrencia de un caso fortuito.

En un sistema como el clásico, fundado sobre la idea de culpa, se pudo convivir

* Director del Instituto de Derecho Civil.

1 El el valor entendido que ambos conceptos son sinónimos en nuestro Código Civil: conf. SALVAT, Raymundo M., "Tratado de Derecho Civil argentino —Obligaciones en general", actualizado por Enrique V. Galli, tºI, Buenos Aires, 1952, N° 143, pág. 151; COLMO, Alfredo: "De las obligaciones en general", Buenos Aires, 1920, N° 117, pág. 93; LAFAILLE, Héctor, "Tratado de las obligaciones", vol. I, Buenos Aires, 1947, N° 189, pág. 180; BUSSO, Eduardo B., "Código Civil anotado", tºIII, Buenos Aires, 1958, com. arts. 513 y 514. N° 28, pág. 304; de GASPERI, Luis, "Tratado de Derecho Civil —Obligaciones en general", con la colaboración de Augusto M. MORELLO, tºII, Buenos Aires, 1964, N° 820, pág. 214; REZZONICO, Luis María, "Estudio de las obligaciones", vol. I, Buenos Aires, 1961, pág. 171; BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil argentino—Obligaciones", tºI, Buenos Aires, 1965, N° 108, pág. 101; LLAMBIAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil —Obligaciones", tºI, Buenos Aires, 1973, N° 187, pág. 232; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., "Derecho de las obligaciones", tºI (redactado por CAZEAUX), La Plata, 1969, pág. 354; BOFFI BOGGERO, Luis María, "Tratado de las obligaciones", tº 2, Buenos Aires, 1973, N° 487, pág. 223.

con ambigüedades conceptuales sin que se afectara la corrección de las soluciones, porque "cuando la víctima tiene la obligación de probar que aquel a quien demanda reparación ha cometido una culpa, el problema de la fuerza mayor aparece con dificultad y ni siquiera llega a plantearse"². Pero en el vigente, al sobresalir con nitidez la responsabilidad objetiva³, "el interés de la noción de fuerza mayor surge en el primer plano"⁴.

2. El Código Civil argentino provee una definición de caso fortuito: "es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse" (art. 514). Enrola así en una de las tendencias del Derecho comparado⁵ que, cabe señalarlo, no es seguida por la mayoría de las legislaciones, en especial las más modernas: en ellas es corriente el uso de la noción de *causa extraña al deudor*⁶, vale decir, la que obsta

² MAZEAUD, Henri y León y TUNC, André, "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, tº II, vol. II. Buenos Aires. 1963, Nº 1542, pág. 150.

³ Sobre la cuestión, ALTERINI, Atilio Aníbal, "Contornos actuales de la responsabilidad civil", Buenos Aires, 1987, págs. 29 y siguientes.

⁴ MAZEAUD - TUNC, ob. y lug. cit.

⁵ Cód. Civil chileno: "el imprevisto a que no es posible resistir" (art. 45); Cód. Civil colombiano: idem (art. 65 mod. en 1890); Cód. Civil español: "sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previsto, fueran inevitables" (art. 1105); Cód. Civil brasileño: "hecho necesario, cuyos efectos no era posible evitar o impedir" (art. 1058); Principios del Derecho Civil de China de 1987; "situaciones objetivas que son imprevisibles, inevitables e irresistibles" (art. 153).

⁶ El Cód. Civil uruguayo da relevancia liberatoria a "la causa extraña que no le es imputable" al deudor (art. 1341); el Cód. Civil alemán, a "alguna circunstancia de la que no ha de responder" el deudor (§ 275); el Cód. de las obligaciones suizo, a las "circunstancias no imputables al deudor" (art. 119); el Cód. italiano de 1942, a la "causa no imputable" al deudor (art. 1218); el Cód. Civil japonés, a la imposibilidad derivada de "alguna causa por la cual ninguna de las partes es responsable" (art. 536); el Cód. Civil ruso de 1964, a la resultante de "circunstancias por las cuales el deudor no es responsable" (art. 235 que se remite al art. 222, el cual sienta la regla de la culpabilidad); el Cód. Civil portugués de 1967, al caso en que "la prestación se torna imposible por causa no imputable al deudor" (art. 790 inc. 1); el Cód. Civil boliviano de 1975, a "una causa que no es imputable" al deudor (art. 339); el Cód. Civil paraguayo de 1987, a "una causa física o jurídica no imputable al deudor" (art. 628); el Cód. cubano de 1988, a "las circunstancias no imputables al deudor" (art. 299.1). El Cód. francés libera al deudor cuando promedia "una causa extraña que no le puede ser imputada" (art. 1147), pero a renglón seguido confiere igual virtualidad al caso fortuito, aunque sin definirlo (art. 1148); el Proyecto franco-italiano de 1927, a "la causa extraña que no pueda serle imputada" al deudor. A su vez, el Cód. Civil peruano de 1984 define así: "Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible" (art. 1315) y, cuando promedia retardo del deudor, lo excusa de responsabilidad si prueba que "ha incurrido en retraso sin culpa" (art. 1336). Sobre la Convención de Viena de 1980, v. infra, Nº 10-5.

al cumplimiento a pesar de su conducta diligente⁷.

Por otra parte, el Código Civil caracteriza a la culpa como "omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" (art. 512).

Una comprensión literal de ambos conceptos lleva a entender como hipótesis distintas a las de un daño *inevitable* (caso fortuito) y de un daño producido a pesar de haber obrado una conducta *diligente* (no culpable): para el encuadramiento como caso fortuito, es menester determinar que el deudor diligente "habría estado en la imposibilidad de obrar de distinta manera"⁸, mientras para considerar que no hubo culpa basta establecer que, en las circunstancias dadas, ese deudor diligente no "habría *obrado* de distinta manera"⁹. Es así claro que, cuando para excluir la responsabilidad se exige inexorablemente la ocurrencia de caso fortuito, es responsable quien no ha hecho todo lo necesario, hasta la frontera de lo imposible¹⁰; en tanto si resulta suficiente la falta de culpa, no lo es quien ha actuado con la diligencia correspondiente a las variables particularidades del caso.

3. El hecho calificable como fortuito de ser "externo, positivo, concreto y determinado"¹¹, de lo cual se sigue que la *causa desconocida* no es invocable como

⁷ En Suiza se expresa: el caso fortuito es "un modo particular de la prueba de ausencia de culpa" (ENGEL, Pierre, "Traité des obligations en Droit suisse", Neuchâtel, 1973, N° 108, págs. 321/322, con citas de JONOD). En Uruguay: "se requiere que la imposibilidad no sea causada por el deudor, porque si lo fuera, le es imputable", estando precisado a prestar su diligencia "para evitar la imposibilidad de la prestación" (GAMARRA, Jorge, "Tratado de Derecho Civil uruguayo", t° XVII, Montevideo, 1978, pág. 183). Para la doctrina de Francia y de Italia, v. infra, texto y nota 64.

⁸ MAZEAUD - TUNC, ob. cit., t° I, vol. II, Buenos Aires, 1962, N° 630, pág. 326.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Que coincide con los límites de lo posible, v. RADOUANT, J., "Du cas fortuit et de la force majeure", París, 1920, págs. 194 y 242. Ese límite de un deber de obrar extremo estaría en los confines de "la impetuosidad de un río que sale de su lecho", de los "terremotos o temblores de la tierra", de "las tempestades", del "incendio", de "la guerra", del "hecho del soberano o fuerza de príncipe", según se ejemplifica en la nota al art. 514 del Cód. Civil.

¹¹ BUSSO, ob. cit., com. arts. 513 y 514, N° 4, pág. 300.

tal¹².

Asimismo deben estar cumplidos otros requisitos de tono mayor: el hecho configurativo ha de ser imprevisible, inevitable, ajeno al deudor, actual sobreviniente, y constituir impedimento absoluto para el cumplimiento¹³.

4. En la zona de la responsabilidad contractual que nos ocupa, el caso fortuito produce como efecto principal "eximir al deudor tanto de la ejecución del contrato como de la obligación de pagar daños e intereses por la inejecución"¹⁴.

Ahora bien. Ese efecto. ¿resulta de la inexistencia de *causalidad* o de la inexistencia de *culpabilidad*?

Por lo pronto, conviene recordar que la teoría de la relación de causalidad no fue desarrollada por los civilistas clásicos, quizá porque trasegaron el equívoco concepto de *faute*, que implica no sólo a la culpa, sino también al incumplimiento¹⁵, e inclusive a la propia relación causal¹⁶. "La noción de causalidad permaneció durante siglos dejada de lado", y en el Derecho Civil "apenas si tal materia

¹² MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre, "Droit Civil. Les obligations", t° I, París, 1988, N° 559, pág. 702; CARBONNIER, Jean, "Droit Civil. Les obligations", París, 1988, N° 74, pág. 300; STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. "Droit Civil. Les obligations", t° 2, París, 1986, N° 1400, pág. 489.

¹³ LLAMBIAS, ob. cit., t° I, N° 89 y sigts., pág. 234 y sigts., y sus citas, que demuestran la general coincidencia con este enunciado.

¹⁴ BUSO, ob. cit., com. arts. 513 y 514, N° 172, pág. 322 y sus citas.

¹⁵ Conf. MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t° II vol. II, N° 1426, pág. 8; DELIYANNIS, J., "La notion d'acte illicite. Consideré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle", París, 1952, pág. 6, nota 19; ROUJOU de BOUBEE, Marie Eve, "Essai sur la notion de réparation", París, 1974, pág. 60; PUECH, N., "Notion et role de l'illicéité dans la responsabilité civile extra-contractuelle". Estrasburgo, 1971, pág. 68; DARBELLAY, J., "Théorie générale del l'illicéité de Droit civil et Droit pénal", Friburgo, 1955, pág. 47; DEMOGUE, René, "Traité des obligations en général", t° III, París, 1925, Nros. 225/6, págs. 367/8; GAJARRA, ob. cit., t° XIX, Montevideo, 1981, pág. 176.

¹⁶ MAZEAUD, ob. cit., t° I, vol. II, N° 384, pág. 38. En la doctrina actual estos elementos aparecen claramente escindidos: conf. "V Jornadas —Nacionales— de Derecho Civil" (Rosario, Pcia. de Santa Fe, 1972): "La obligación de resarcir reconoce como regla los siguientes presupuestos: I. Antijuridicidad. II. Daño. III. Causalidad. IV. Factores de atribución" (Rec. 3, Tema V).

comienza a configurarse como un problema a principios del siglo¹⁷; en Francia todavía, "muy pocos juristas han querido abordar" el problema, por considerarlo "tal vez insoluble" o preferir resolverlo "por el sentimiento"¹⁸.

No es dudoso que, técnicamente, "el caso fortuito o fuerza mayor interrumpe el nexo de causalidad entre la conducta del agente y el daño"¹⁹, porque en tal situación el deudor no puede ser considerado *autor* de aquél²⁰. Pero nuestra doctrina clásica, en general, se ha limitado a predicar que el caso fortuito da lugar a la irresponsabilidad del deudor²¹ —afirmación que en muchas situaciones resulta excesiva, v. *infra* N° 7 *in fine*—, sin perjuicio de lo cual lo ha implicado en la teoría de la culpabilidad, al afirmar también que probar su ocurrencia es interés del deudor "precisamente porque, de ordinario, la culpa es presumida en el incumplimiento de una obligación contractual"²²; que promediando caso fortuito "faltará el elemento moral, base de la imputabilidad: la culpa"²³; que el art. 513 del Código Civil

¹⁷ PEIRANO FACIO, Jorge, "Responsabilidad extracontractual", Montevideo, 1954, N° 226, pág. 402. Agrega que CARRIER —en 1818— y GIORGI —a fines del siglo pasado— no se ocuparon del tema, y que TOULLIER —en 1830— apenas lo sobrentendió; sostiene que Marcadé no acertó en esta materia, y que SOURDAT, DEMOLOMBE y LAROMBIERE incurrieron en tautología al tratar de ella.

¹⁸ MAZEAUD - TUNC, ob. cit., t° II, vol. II, N° 1422, pág. 6.

¹⁹ "V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil" (San Rafael, Mendoza, 1978), Comisión N° 2, Rec. 2.a.

²⁰ ORGAZ, Alfredo, "La culpa", Buenos Aires, 1970, N° 104, pág. 257; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", I°, Buenos Aires, 1971, N° 89, pág. 217; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Buenos Aires, 1972, N° 705, pág. 223; BREBBIA, Roberto II., "La relación causalidad en Derecho civil", Rosario, 1975, pág. 43; GOLDENBERG, Isidoro II., "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", Buenos Aires, 1984, N° 14, pág. 44; TRIGO REPRESAS, Félix A. y COMPAGNUCCI de CASO, Rubén, "Responsabilidad civil por accidentes de automotores", t° 2-a, Buenos Aires, 1986, pág. 91; aclaración de los doctores Jorge MOSSET ITURRASPE, Roque F. GARRIDO, Isidoro II. GOLDENBERG y Aida KEMELMAJER de CARLUCCI, en "V Jornadas Sanrafaelinas" precits., Rec. 3.4.

²¹ SALVAT, ob. cit., N° 154-56, pág. 168; LAFAILLE, ob. cit., N° 195, pág. 184; BUSSO, ob. cit., lug. cit.; BORDA, ob., cit., N° 122, pág. 110; CAZEAUX - TRIGO REPRESAS, ob. cit., t° I, pág. 369.

²² COLMO, ob. cit., N° 130, pág. 106.

²³ De GASPERI - MORELLO, ob. cit., pág. 244. Allí se precisa adecuadamente que "el incumplimiento (está) en relación de causalidad con el caso fortuito o la fuerza mayor".

consagra "un principio de razón y de equidad evidente, conforme al cual *no hay responsabilidad sin culpa*"²⁴; que con el caso fortuito queda "configurado un supuesto de *inimputabilidad* y consiguientemente está fuera de cuestión la responsabilidad del deudor"²⁵; que lo que se llama 'caso fortuito o fuerza mayor' (...) excluye la culpa"²⁶; que "los límites del caso fortuito y de la falta de culpa coinciden necesariamente"²⁷; que el caso fortuito es "un elemento de la inculpabilidad", aclarándose que "el *deudor diligente no cumplió y causó daño*, pero por obra del caso fortuito o de la fuerza mayor lo hizo sin culpabilidad"²⁸. Porque si bien "en teoría" podría considerarse que "la fuerza mayor implica algo más que la falta de culpa", en la práctica los casos en que el juez no llega a establecer culpa alguna del deudor están equiparados al *casus*", y "como la ley, en principio, no hace responder a nadie sin culpa, la falta de ésta implica la irresponsabilidad"²⁹. Marty y Raynaud, con referencia al Derecho francés, señalan en semejante sentido que "el análisis clásico de la responsabilidad contractual orientaba la búsqueda y las soluciones hacia la idea de ausencia de culpa", y que "los caracteres clásicos de la fuerza mayor han sido concebidos para llegar a una demostración indudable de la falta de culpa"³⁰.

La jurisprudencia nacional, correlativamente, ha afirmado que "el requisito de la 'falta de culpa' debe ser entendido como una situación intermedia entre la culpa y la fuerza mayor"³¹, ha calificado al caso fortuito como eximente de culpa³², ha

²⁴ REZZONICO, ob. cit., pág. 171.

²⁵ LLAMBIAS, ob. cit., tº I, Nº 185, pág. 232.

²⁶ CORDEIRO ALVAREZ, Ernesto, "Tratado de Derecho Civil", tº I, 1ª ed., Buenos Aires, 1959, pág. 308.

²⁷ SALAS, Acdeel E., "Caso fortuito y ausencia de culpa", en "Obligaciones, contratos y otros ensayos", Buenos Aires, 1982, pág. 136 (con referencia a la obligación de resultado).

²⁸ BOFFI BOGGERO, ob. cit., Nº 487, págs. 223/224.

²⁹ BUSSO, ob. cit., com. arts. 513 y 514, Nº 4, pág. 300. Por nuestra parte, hemos afirmado que "en el campo contractual la demostración, por el deudor, de la existencia del caso fortuito, excluye su culpabilidad y lo hace irresponsable": ALTERINI, Atilio Aníbal - AMEAL, Oscar J. - LOPEZ CABANA, Roberto M., "Curso de obligaciones", Buenos Aires, 1975, Nº 835, pág. 385.

³⁰ MARTY - RAYNAUD, ob. cit., tº I, Nº 559, pág. 702.

³¹ Cám. Nac. Civ., Sala D. L. L. 116-256.

³² Cám. Nac. Civ., Sala A. L.L. 129-1035, 16.753-S.

dado relevancia a la imposibilidad de cumplir sin culpa³³, y ha considerado que caso fortuito y culpa son términos excluyentes³⁴, por lo cual, aun cuando no se configuren los requisitos tipificantes de aquél, la prueba de la ausencia de culpa es suficiente para eximir de responsabilidad al deudor³⁵.

5. En la órbita de la responsabilidad contractual rige el art. 511 del Código Civil: el deudor de una obligación es "*responsable*" cuando "*por culpa propia*" ha dejado de cumplirla. Esta regla no es desvirtuada, sino antes bien ratificada, por otros preceptos generales: la responsabilidad del deudor queda comprometida en caso de imposibilidad "por culpa" (arts. 889, 627, 632), pero si se produce "sin culpa del deudor", la obligación se extingue (art. 888 y 724 *in fine*); en las obligaciones de dar, soporta los daños derivados de la pérdida o deterioro de las cosa ocurridos "por culpa" (arts. 579, 585, 603, 612, 613, 615), pero no de los sucedidos "sin culpa" (arts. 580, 587, 611, 614); igual solución corresponde en las obligaciones de hacer (art. 627) y en las de no hacer (art. 632).

La misma regla legal mencionada, en cuanto exige *culpabilidad* para responsabilizar al deudor contractual, aparece reiterada en numerosas disposiciones particulares del Código Civil. Así, por ejemplo, las pertinentes a la compraventa (art. 1416, que se remite a las normas generales), la locación de cosas (arts. 1561 y siguientes), la donación (art. 1836), el depósito regular (art. 2210), el mutuo (arts. 2253 y 2254, y su remisión a las normas generales), el comodato (art. 2266).

También en la legislación mercantil: compraventa (art. 467, Cód. de Comercio), depósito (art. 127, Cód. de Comercio), transporte por agua en caso de muerte o lesiones corporales (art. 330, ley 20.094), transporte aéreo (art. 142, Cód. Aeronáutico), petición de quiebra revocada (art. 103, ley 19.551, que requiere dolo o culpa grave). Y aun en la legislación laboral (art. 87, ley 20.744, t. o. 1976: el trabajador sólo responde ante el empleador por su dolo o culpa grave).

6. En ese sistema, el art. 513 del Código Civil exime de responsabilidad al deudor cuando hay caso fortuito, pero los alcances de tal disposición han sido fuente de discrepancias interpretativas.

Porque, con relación a las obligaciones enroladas como *de resultado*, se puede

³³ Cám. Nac. Civ., Sala F. L.L. 127-213. Se ha decidido también que el explotador de juegos de feria, vinculado por una obligación de *seguridad*, se libera probando la falta de culpa: Cám. Nac. Civ., Sala D.E.D. 74-712; Sala C, L.L. 1988-C-107.

³⁴ Cám. Nac. Civ., Sala D.L.L. 139-932, 23.602-S; Cám.Nac., Com., Sala A. L.L. 1976-A-385.

³⁵ Cám. 1.º Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, J.A. 29-1975-202. V. *supra*, nota 33.

sostener: 1) que si el deudor pretende liberarse está precisado a probar el caso fortuito³⁶; o 2) en sentido contrario que, cuando el Código predica la irresponsabilidad por caso fortuito, no afirma necesariamente la responsabilidad sin culpa³⁷.

Es evidente que, una vez que se logra la engorrosa prueba del caso fortuito —por estar cumplidos todos sus requisitos de imprevisibilidad, inevitabilidad, extraneidad, actualidad, sobreviniencia e insuperabilidad, v. *supra*, N° 3—, cualquier análisis relativo a la culpa debe ser descartado³⁸; esto es así porque falta la relación causal entre el hecho humano y el daño, en virtud de lo cual carece de sentido investigar la culpa de quien jurídicamente *no es autor*; pero se llega a igual solución —en esta alternativa por aplicación del principio lógico de tercero excluido— cuando se entiende que el caso fortuito implica la falta de culpa.

Se trata, empero, de establecer si la difícil demostración del caso fortuito, siendo suficiente, es también necesaria.

7. La prueba no debería versar necesariamente sobre el caso fortuito:

- a) En las obligaciones calificadas como *de medios*³⁹; y
- b) En algunas de las obligaciones calificadas como *de resultado*.

En efecto, la doctrina actual distingue entre obligaciones de resultado *ordinarias*⁴⁰ o de *régimen normal*⁴¹, y obligaciones de resultado *atenuadas*⁴² o *aligeradas*⁴³,

³⁶ V. *infra*, N° 9.

³⁷ V. ALTERINI, Atilio Aníbal, "Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual". en Rev. La Ley, t° 1988-B, pág. 947.

³⁸ "Fuerza mayor y responsabilidad son dos términos antinómicos e inconciliables: ya el daño ha tenido lugar como consecuencia de la culpa de alguien y no hay fuerza mayor ya al contrario. el daño ha sido provocado por la fuerza mayor y no se sabría encontrar una culpa": le TOURNEAU, Philippe, "La responsabilité civile", París, 1976, N° 569, pág. 207.

³⁹ V. ALTERINI, Atilio Aníbal y LOPEZ CABANA, Roberto M., "Carga de la prueba en las obligaciones de medios", en Rev. La Ley, t°, 1989-B, pág. 942.

⁴⁰ STARCK - ROLAND - BOYER, ob. cit., N° 1395. pág. 487.

⁴¹ LARROUMET, Christian, "Droit Civil. Les obligations", 1^a parte. N° 610, pág. 556.

⁴² VINEY, Genevieve, "La responsabilité: Conditions", París, 1982, N° 534, pág. 639.

⁴³ MARTY - RAYNAUD, ob. cit., N° 535, nota 3, pág. 660.

por una parte; y *agravadas*⁴⁴, *absolutas*⁴⁵, o *de régimen severo*⁴⁶, por la otra:

● En las obligaciones de resultado *ordinarias*, el deudor contractual se libera únicamente si prueba el caso fortuito. Corresponde esta prueba inexcusable en ciertas hipótesis puntuales: transporte terrestre de personas, y acuático mediante pequeñas embarcaciones en cuanto no es regido por la ley 20.094 (arts. 184 y 206, Cód. Comercio; art. 65, ley 2873; art. 11, ley 13.146; art. 316, ley 20.094); daños contractuales derivados del riesgo de la cosa no regidos por ley especial⁴⁷; productos elaborados⁴⁸ ⁴⁹; daños a efectos del huésped de un hotel (art. 2236, Cód. Civil)⁵⁰.

En cuanto al daño al equipaje del pasajero marítimo, cuando es guardado en bodega, el transportador responde si no acredita una "causa" que "no le es imputable"; pero cuando el pasajero lo tiene bajo su guarda inmediata, para responsabilizar al transportador le basta probar que fue ocasionado por el hecho suyo, del capitán o de los tripulantes (art. 336, ley 20.094).

⁴⁴ VINEY, ob. cit., lug. cit.

⁴⁵ STARCK - ROLAND - BOYER, ob. cit., N° 1394, pág. 487.

⁴⁶ LARROUMET, ob. cit., N° 614, pág. 565.

⁴⁷ V. *infra*, N° 7 *in fine*. Conf. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, "Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de cosas inanimadas en el ejercicio de su profesión", en Rev. La Ley, t° 1981-B, pág. 762.

⁴⁸ Conf. "IV Jornadas Rioplatenses de Derecho" (Punta del Este, Uruguay, 1986), Rec. III-5, Com. 1, e implícitamente "VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" (La Plata, Peia. de Buenos Aires, 1981), Rec. III, Com. 5. V. ALTERINI, Atilio Aníbal y LOPEZ CABANA, Roberto M., "Responsabilidad civil por daños al consumidor", en Rev. La Ley, t° 1987-A, pág. 1040, y en "Cuestiones modernas de responsabilidad civil", Buenos Aires, 1988, pág. 247; ALTERINI, Atilio Aníbal, LOPEZ CABANA, Roberto M. y STIGLITZ, Gabriel A., "La protección del consumidor en el marco de un Proyecto de Ley", en Rev. La Ley, t° 1989-B, pág. 1002; ALTERINI, Atilio Aníbal, "La responsabilidad civil por productos. Estado de la cuestión en el Derecho argentino", en Rev. La Ley, t° 1989-E, pág. 1178.

⁴⁹ En todos estos casos son también útilmente invocables la *culpa de la víctima* y la de un *tercero extraño*. El art. 188 del Cód. Comercio, para el retardo en el transporte, da relevancia al "hecho" del remitente o del destinatario.

⁵⁰ En esta hipótesis es invocable la *culpa de la víctima*; la de un tercero, sólo en extremos de excepción (arts. 2230 y 2237, Cód. Civil). El *vicio de la cosa* es causal de liberación en el transporte terrestre de cosas (art. 172, Cód. Comercio).

De ese modo, quien demanda tiene únicamente a su cargo la prueba de su título (art. 499, Cód. Civil: p. ej., un contrato de transporte terrestre) y de la causa física del daño (p. ej., que sufrió lesiones al ser transportado)⁵¹. Pero, no bien acreditados esos extremos, pesa sobre el demandado una presunción de causalidad a nivel de autoría, que sólo es destruible mediante la prueba de "la interrupción del nexo causal"⁵².

- En las obligaciones de resultado *atenuadas*, en cambio, la prueba de la falta de culpa —o sea de la conducta diligente— resulta bastante para la liberación del deudor. Se trata de la ya examinada regla general del sistema, que debiera cubrir todas las situaciones no abarcadas por preceptos especiales que exigen una causal de liberación distinta a la falta de culpa, y de tal modo comprender la gran mayoría de las relaciones obligacionales (v. *supra*. N° 5).

- En las obligaciones de resultado *agravadas*, la causa extraña útilmente invocable es calificada: la ley describe con puntualidad los únicos hechos relevantes para la liberación del deudor, a cuyo efecto es insuficiente el caso fortuito genérico. Tal sucede en materia de infortunios laborales, en la que debe promediar fuerza mayor "extraña al trabajo" (ley 9688, arts. 4 y 1 *in fine*), y de accidentes nucleares, en la cual se exige que haya "conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección" (art. IV, párr. 3. Convención de Viena de 1963, ley 17.048)⁵³.

A su vez, el asegurador está constreñido a demostrar que "el tomador o el beneficiario provocó el siniestro dolosamente o por culpa grave" (art. 70, ley 17.418).

⁵¹ Se trata del "contrato físico o material entre la conducta y el daño" ("II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil Comercial y Procesal, Junín. Pcia. de Buenos Aires, 1986, Rec. 5-a, Com. II).

⁵² "Jornadas sobre responsabilidad civil en homenaje al doctor Roberto H. BREBRÍA" (Rosario, Pcia. de Santa Fe, 1986), Rec. 7, Com. 2. En cuanto al daño, pesa asimismo una presunción de *adecuación* que pone a cargo del deudor las consecuencias previsibles de su conducta (arts. 903, 520, Cód. Civil). V, el desarrollo de estos aspectos en ALTERINI, Atilio Aníbal y LOPEZ CABANA, Roberto M., "Presunciones de causalidad y de responsabilidad", en Rev. La Ley, t° 1986-E, pág. 891, y en "Cuestiones modernas de responsabilidad civil" cit., pág. 31.

⁵³ LLAMBIAS, ob. cit., t° IV-B, Buenos Aires, 1980, N° 2941, pág. 257, quien recuerda que el art. IV, párr. 3, inc. b), mantiene la responsabilidad "aunque se trate de una catástrofe natural de carácter excepcional", y agrega que con relación a los terceros damnificados ha sido puesta a cargo del explotador la asunción de la fuerza mayor, con la sola excepción de los supuestos especificados antes: conflicto armado, hostilidades, guerra civil e insurrección. Todavía hay casos en que la liberación del deudor acaece únicamente cuando se produce la pérdida total del patrimonio; otros de *garantía* en los cuales el caso fortuito no libera al deudor; otros en los que sólo es útilmente invocable la culpa de la víctima: v. ALTERINI, "Carga y contenido de la prueba..." cit., cap. II.

8. Desde que la difusión y el desarrollo de la categorización de las obligaciones de medios y de resultado proviene de la doctrina francesa⁵⁴, como una necesidad interpretativa tendiente a la armonización de lo dispuesto por los arts. 1137, 1147 y 1148 del Código Napoleón⁵⁵, interesante analizar cuál es el criterio que sus autores sostienen en la actualidad.

En general consideran obligaciones de resultado a las de dar y a las de no hacer⁵⁶; en otros casos de aplicación coinciden con el temperamento sostenido entre nosotros⁵⁷, cuando no califican como de medios a obligaciones que nuestra doctrina son enroladas como de resultado⁵⁸ o, predicando que otras son de resultado, afirman a la vez que corresponden al tipo atenuado⁵⁹.

Además de admitir que algunas obligaciones de resultado resultan atenuadas y agravadas —como subespecies que trascienden a las ordinarias— la tendencia actual es considerar que la obligación *de seguridad es de medios*⁶⁰, no obstante haber

⁵⁴ A partir de DEMOGUE, René, ob. cit., t° V, París, 1928.

⁵⁵ Dicho art. 1137 impone al obligado a conservar una cosa "aportar todos los cuidados de un buen padre de familia"; v. también *supra*, nota 6.

⁵⁶ WEILL, Alex y TERRE, François, "Droit Civil. Les obligations", París, 1986, N° 399, pág. 404; FLOUR, Jacques y AUBERT, Jean-Luc, "Droit Civil. Les obligations", vol. I, París, 1986, N° 45, pág. 32; STARCK-ROLAND-BOYER, ob. cit., N° 986 y 1044, pág. 345 y 365; MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent, "Droit Civil. Les obligations", París, 1985, N° 473, pág. 328; MARTY - RAYNAUD, ob. cit., t° I, N° 534, pág. 658; BENABENT, Alain, "Droit Civil. Les obligations", París, 1987, N° 283, pág. 137.

⁵⁷ Casos de responsabilidad de *pleno derecho* para daños en la locación de obra y responsabilidad del hotelero: LARROUMET, ob. cit., N° 611, pág. 558.

⁵⁸ Obligaciones del depositario y el comodatario: STARCK-ROLAND-BOYER, N° 996, pág. 348

⁵⁹ Daños en la cosa locada: VINEY, ob. cit., N° 534, pág. 639.

⁶⁰ WEILL - TERRE, ob. cit., N° 400-2, pág. 409; STARCK-ROLAND-BOYER, ob. cit., N° 1-022 y sigts., págs. 357 y sigts.; MALAURIE-AYNES, ob. cit., N° 536, pág. 661; MARTY-RAYNAUD, ob. cit., t° I, N° 536, pág. 661; LARROUMET, ob. cit., N° 618, pág. 569; VINEY, ob. cit., N° 522 y sigts., pág. 658 y sigts.; le TOURNEAU, Philippe, ob. cit., N° 1112, pág. 381. VINEY, *ibid.*, N° 534, pág. 640, afirma que el régimen de la obligación de seguridad puede transitar "entre el de la obligación de medios y el de la obligación de resultado". Sobre las vacilaciones de la jurisprudencia francesa para calificar a ciertas obligaciones de seguridad como de resultado o de medios, v. ALTERINI, Atilio Anibal y LOPEZ CABANA, Roberto M., "La responsabilidad profesional (En los Congresos de civilistas)", en Rev. La Ley, t° 1988-E, pág. 723, texto y notas 30/35.

nacido como arquetipo de obligación de *resultado*⁶¹, aunque se llega a aceptar la existencia de presunciones de culpabilidad de deudor en ciertas obligaciones de medios⁶², a las cuales se las rotula como *reforzadas*.⁶³

Asimismo ha sido denominado caso fortuito el "acontecimiento que se ha opuesto a la diligencia del deudor y que no habría podido ser evitado o superado sino con medios *superiores* a los que el contrato le imponía poner en juego"⁶⁴

9. Entre nosotros ha sido corriente predicar que en las obligaciones de resultado *siempre* sería exigible al deudor, como prueba liberatoria, la del caso fortuito. Pero, como vimos (supra, N° 4), en realidad en el lenguaje clásico se ha solido afirmar algo distinto: que a tal efecto sería suficiente la demostración en la falta de culpa.⁶⁵

⁶¹ Cass. Civ., D.P. 1913.1.249. Sobre el tema, v. VASQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo", Rosario, 1988.

⁶² MARTY-RAYNAUD, ob. cit., N° 535, pág. 660; LARROUMET, ob. cit., N° 620, pág. 576/577.

⁶³ En cuanto "obligan a una diligencia particular": MALAURIE-AYNES, ob. cit., N° 475, pág. 330.

⁶⁴ MAZEAUD, ob. cit., t° II, vol. II, N° 1564-2, pág. 164. Igual concepto aparece en GIORGI, Jorge, "Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno", trad. esp., vol. II, Madrid, 1928, N° 33, pág. 72, quien afirma que, fuera de los casos en que la ley sólo admite la prueba del caso fortuito, el deudor "puede liberarse probando que ha usado toda aquella diligencia reclamada por la naturaleza del contrato o del pacto"; en CHIRONI, G.P., "La culpa en el Derecho Civil moderno. Culpa contractual", trad. A. Posada, Madrid, 1907, N° 308, pág. 759, quien define al caso fortuito como "aquel acontecimiento no imputable al deudor, y el que, según la medida de la diligencia requerida, no se podía prever, o que pudiendo preverse es inevitable y de tal naturaleza que impide el cumplimiento de la obligación"; en RESCIGNO, Pietro, "Manuale del Diritto Privato italiano", Napoli, 1985, pág. 653, para quien "causa no imputable de incumplimiento es todo hecho que el deudor, usando del esfuerzo de diligencia requerido por la prestación resultante de la relación particular, no habría podido impedir o evitar"; en ALPA, Guido, "Manuale del moderno Diritto Privato", Torino, 1985, pág. 463, donde se lee que la imposibilidad por caso fortuito se configura "en la medida en que el esfuerzo diligente requerido al deudor en relación con el resultado debido sea juzgado adecuado aplicando el principio de buena fe". Transita un camino paralelo la opinión de los profesores Roberto H. BREBBIA y Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, según la cual "en la responsabilidad subjetiva, fundada en la culpa, el caso fortuito puede ser interno o externo" (V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil" cit., Rec. 3°, 3-B, Com. 2). El art. 514 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación sancionado por la Cámara de Diputados en 1987 ha previsto que hay incumplimiento *sin culpa*, con alcances liberatorios, cuando el deudor actúa con la diligencia "exigible por la índole de la obligación", aunque el cumplimiento hubiera sido posible con una "diligencia mayor", pero que él no estaba precisado a prestar en las circunstancias dadas (arts. 512, 902, 909, Cód. Civil).

⁶⁵ Conf. BUERES, Alberto J., "Responsabilidad contractual objetiva", en J.A., t° 1989-II, pág. 964, texto y nota 48, e *infra*, nota 67.

Ultimamente se ha producido una relectura del sistema, y el caso fortuito es entonces concebido en su función idónea: la de ruptura del nexo causal. Llevando más allá este reenfoque, se sostiene también que cuando la ley da relevancia la prueba de falta de culpa se refiere a la demostración de la falta de *responsabilidad*⁶⁶, a lo cual se agrega —coherentemente— que en las obligaciones de resultado concebidas conforme a esa óptica la responsabilidad es objetiva,⁶⁷ y se agudiza su trascendencia al estimar que las obligaciones son en principio de resultado y no de medios ⁶⁸. Se enfatiza también que en nuestro Derecho positivo privado el "Caso Fortuito" no es una noción equivalente a la de "falta de culpa" ⁶⁹.

Esto significa una verdadera conmoción interpretativa pues, conforme al criterio que ha venido siendo generalmente aceptado, la responsabilidad contractual, como regla, reposa en la culpabilidad del deudor: art. 511, Cód. Civil.

10. A mi juicio la dilucidación del tema presenta distintos planos de análisis posible:

1º: Uno corresponde a los descuentos terminológicos, puesto que es

⁶⁶ BUERES, ob. cit., ap. IV, 5-b; "1er. Congreso Internacional de Derecho de daños" (En Homenaje al Prof. Dr. Jorge MOSSET ITURRASPE), Buenos Aires, 1989, Rec. 3, Desp. A, Com. 2.

⁶⁷ LARROUMET, ob. cit., N° 607, pág. 553, quien señala que, no obstante, "la mayoría de los autores franceses de nuestros días utilizan todavía la distinción de las dos clases de obligaciones (de medios y de resultado) para explicar las diferencias de regímenes de una responsabilidad contractual que estaría siempre fundada sobre la culpa del deudor". Conf. con esa calificación STARCK - ROLAND - BOYER, ob. cit., N° 1400, pág. 489. Entre nosotros, BUERES, Alberto J., "El acto ilícito", Buenos Aires, 1986, pág. 53 y sigts., obra antecedente del mismo autor cit. en nota 74, y citas de Luis O. ANDORNO, Matilde M. ZAVALA de GONZALEZ y Ramón D. PIZARRO en nota 76; VAZQUEZ FERREYRA, ob. cit., pág. 120. Conf. fallos de la Cám Nac. Fed. que, en materia de transporte, predicaron la necesidad de la prueba de la causa ajena para liberar al transportista, y el consiguiente carácter objetivo de su responsabilidad, en L.L., Dig. Jur. 2, Buenos Aires, 1980, título III, pág. 1120, N° 3368; y asimismo "1er. Congreso" cit., Rec. 1, Desp. A, Tema 2.

⁶⁸ Conf. "1er. Congreso" cit., Rec. 2, Des. A, Com. 2.

⁶⁹ "1er. Congreso cit., Rec. 7, Desp. B, Com. 2, formulada por unanimidad.

común que "los autores empleen el mismo lenguaje para exponer ideas diferentes"⁷⁰. Desde este punto de vista no parece relevante, en cuanto a las consecuencias del razonamiento, que se utilice distinta expresión para designar al mismo concepto; por ejemplo, que cierta relación jurídica sea enrolada como obligación de resultado con claridad que en esa hipótesis la culpa sigue teniendo protagonismo.

2º: Otro, éste sí altamente significativo, concierne a la política jurídica, y tiene relación directa con las derivaciones de la solución que se adopte.

Es posible, claro está, que se estime, en proyección argumental: que corresponde aplicar la responsabilidad objetiva al incumplimiento contractual que - más aun - la responsabilidad objetiva debe ser regla en ese sector, y que los obstáculos literales de la ley no pasan de ser escollos superables mediante un reexamen de sus textos. Una solución de ese tipo es, éticamente, de señalado valor, toda vez que coloca al deudor contractual en la situación de realizar su comportamiento al más alto nivel, hasta el piso de lo imposible (v. supra, N° 2).

Pero, según me parece insoslayable, hay que evaluar todas las demás derivaciones de este giro de timón, que seguramente podrán ser apreciadas con nitidez al confrontar las soluciones aplicables según se emplee uno u otro temperamento interpretativo.

Sea, por ejemplo, una locación de obra, enrolada como generadora de obligación de resultado a cargo del empresario. El opus debido por éste depende del ajuste convenido y, falta de acuerdo, del "precio estipulado" (art. 1632. Cód Civil), que determina el "modo en que fue intención de las partes que el hecho se ejecutara" (art. 625): conforme a "lo que se ha obligado" (art. 505, inc. 1º. Cód. Civil), el empresario de una obra de precio corriente - por lo tanto de calidad corriente - debe obrar con cierta diligencia ordinaria; el de una de precio especial - por lo tanto de calidad especial -, con cierta diligencia mayor. De esa manera, el metro de la adecuación del cumplimiento efectivo a lo debido resulta de la diligencia ad hoc propia de cada una de esas relaciones hipotéticas. Pero si, en cualquiera de los casos, se le exige al deudor, para no ser tenido por responsable, que acredite haber llegado a la frontera de lo imposible, viene a resultar que en una o en otra relación jurídica, siempre, su diligencia efectiva, aun la más puntual, cuidadosa y adecuada a los términos de su obligación, no alcanza para liberarlo. En cambio, para que se pueda juzgar que la prestación por el deudor de la diligencia a que está obligado

⁷⁰ MILL, John Stuart, "Sistema de Lógica deductiva e inductiva", trad. E. Ovejero y Mury, Madrid, 1917, Prefacio. Expresa que "los autores emplean el mismo lenguaje para exponer ideas diferentes", y agrega que "esta observación es aplicable a la Moral y a la Jurisprudencia tanto como a la Lógica".

sirve para excusarlo de responsabilidad, es preciso entender como caso fortuito lo que sucede a pesar de esa diligencia; pero con esta última comprensión se vuelve al esquema de razonamiento clásico (v. supra, N° 8 in fine), no obstante que se pretende abandonarlo.

Supóngase, en la misma figura contractual, la obligación de elaborar mercadería en la modalidad de ajuste alzado, en la cual la regla legal es que "aunque encarezca el valor de los materiales y de la mano de obra, el locador bajo ningún pretexto puede pedir aumento en el precio" (art. 1633, Cód. Civil). Aun cuando el suministro eléctrico, prestado bajo forma monopólica, fuera suspendido varias horas por día, esto no satisfaría el recaudo de insuperabilidad propio del caso fortuito, por no constituir obstáculo absoluto para el cumplimiento: el empresario puede establecer turnos extra de trabajo, no obstante que los salarios superiores incrementen sus costos (art. 201, ley 20.744, t.o.dec.39/1976), y no tenga derecho, según se ha visto, a pretender un sobreprecio compensatorio; como la teoría de las bases del negocio jurídico es vista en nuestro sistema por la ventana pequeña de la doctrina de la imprevisión (art. 1198, 2ª. parte y 1632 in fine, Cód. Civil), la ruptura de la ecuación económica del contrato tampoco sería invocable en tanto no significara su desquicio ⁷¹. En tal situación, en cambio, la carencia de energía sería útilmente arguible como falta de culpa.

No es dudoso que la ecuación económica de cualquier contrato resulta afectada por la circunstancia de que el deudor deba asumir responsabilidades máximas hasta el tope de lo fortuito y, naturalmente, ello va a determinar el encarecimiento de los precios ⁷².

3º: Desde el punto de vista del antecedente que significan las conclusiones a que arriba la doctrina francesa, en mi opinión, no son decisivas en cuanto a una summa divissio constituida por la dicotomía de obligaciones de resultado y obligaciones de medios, en paralelo inexorable con la de responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva. Por lo contrario, me parece que en Derecho francés son matizadas las unas y las otras, y se limita cada vez la aplicación del rótulo de

⁷¹ La jurisprudencia no confiere relevancia a la disminución de las utilidades (Cám. Nac. Civ., Sala C., L.L. 1979-B-28), a menos que sea de gran magnitud (Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala I, Rep. L.L. XXXIX-404, N° 160), y si bien no es preciso que esté en riesgo la ruina del deudor (Cám. Nac. Civ., Sala C, L.L. 1978-D-684), son invocables circunstancias que pueden tener aptitud para provocarla (Cám. Nac. Com., Sala C. L.L. 1978-B-314).

⁷² Por otras razones de distribución de daños es aprobable una solución distinta para los contratos de consumo: v. supra nota 48, y ALTERINI, Atilio Aníbal, "El estatuto del consumidor", en TRIGO REPRESAS, Félix A. y STIGLITZ, Rubén S. (Directores), "Contratos. Homenaje al Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe", Buenos Aires, 1987, pág. 419, ap. 3-K.

resultado a la obligación de seguridad (v. supra, N° 8), con alcances que resume magistralmente Carbonnier: "Respecto a la teoría jurídica, la concepción relativista tiene razón: el absoluto no es de este mundo". ⁷³

Pero, aunque así no fuera, las soluciones francesas deben ser comprendidas en el marco de su propio sistema. Con respecto aun prototipo de obligación de resultado, la de dar, el Código Napoleón dispone que el acreedor de ella es propietario de la cosa y toma los riesgos a su cargo no bien hay consentimiento (art. 1138), esto es, sin que sea menester la previa tradición que exige el art. 577 de nuestro Código Civil; hacer la tradición pendiente, por lo tanto, es en Francia una obligación de entregar, pero no a un acreedor, sino al dueño.

Todavía, la pérdida de la cosa extingue esta obligación de entregarla, pero deja subsistente la obligación correlativa -p. ej. pagar el precio- que pese sobre la otra parte. ⁷⁴

Ello explica fácilmente, pues, que en el Derecho francés la liberación del deudor de la entrega suponga requisitos especialmente severos, como son los atinentes al caso fortuito stricto sensu, y que la mera falta de culpa carezca de relevancia.

4º: Es de computar, asimismo, que la responsabilidad contractual objetiva que ahora se predica como regla parece condecir con el Derecho que rige la economía más desarrollada del mundo: el de los Estados Unidos de América, en el cual rige el axioma contract liability is strict liability, en virtud del cual el deudor responde "aun sin falta". ⁷⁵

Pero la solución no es tan extrema como podría resultar de la literalidad de esas afirmaciones: al deudor le es otorgada la posibilidad de desligarse si la prestación resulta impracticable sin su culpa por hecho cuya inexistencia fue asumida como básica para contratar, de acuerdo con lo establecido por el N° 261 del "Restatement of Contracts 2nd.", y por el N° 2.615 del "Uniform Commercial Code". A su vez, el concepto de impracticabilidad es entendido con mayor extensión que el de imposibilidad (que es propio del caso fortuito en sentido estricto), pues abarca hipótesis en las cuales, no obstante los esfuerzos razonables

⁷³ CARBONNIER, ob. cit., N° 75, pág. 302

⁷⁴ AUBRY, C. y RAU, C., "Cours de Droit Civil français", 6ª, ed. por Etienne BARTIN, Tº IV, París, 1942, N° 348, pág. 490. Comp. con art. 895, Cód. Civil.

⁷⁵ "Restatement of Contracts 2nd.", St. Paul Minn., 1981, pág. 309.

que le son exigibles (Nº 205 del "Restatement"), el deudor no ha podido superar dificultades extremas y no razonables, o el cumplimiento le habría ocasionado gastos, daños o pérdidas desproporcionados.⁷⁶

5º: Hay que ponderar, asimismo, la incidencia coceptual de la ley 22.765, que ratificó la Convención de Viena de 1980 sobre compra-venta internacional de mercaderías, a través de la cual ha sido incorporada al Derecho argentino una causal de exoneración muy amplia. Conforme a su art. 79, el deudor "no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabría razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias".

Dicha noción tiene gran incidencia en la comprensión global del sistema vigente, porque "el concepto de inevitabilidad de nuestro Código Civil no está reflejado en la Convención": ésta, en cambio, incluye otro "más amplio"⁷⁷, que, además, es congruente con las ideas dominantes en Derecho comparado (v. supra, nº 2).

6º: En todo caso también adquieren significación las que podrían ser denominadas variables de ajuste conceptual, máxime si se acepta que para tener por configurados los extremos del caso fortuito es siempre "preciso descender a un análisis circunstanciado y subjetivo, tras la comprobación objetiva de la realidad

⁷⁶ Ibid., pág. 316. Para el Derecho alemán, con referencia a la dificultad extraordinaria, ENNECCERUS, Ludwig y LEHMANN, Heriech. "Derecho de obligaciones", trad. B. Pérez González y J. Alguer, vol. I. Barcelona, 1954, Nº 46.2, pág. 241; y a la no exigibilidad económica, de "evidente similitud con la resolución por alteración de las circunstancias (desaparición de la base del negocio, cláusula rebus sic stantibus)", HEDEMANN, J.W., "Derecho de obligaciones", trad. J. Santos Briz, Madrid, pág. 169.

⁷⁷ MARZORATI, Osvaldo J., "Compraventa internacional de mercaderías", Buenos Aires, 1989, pág. 29. En pág. 21 resalta que "muchas de las disposiciones de la Convención no son compatibles o modifican los principios de la contratación interna del Código civil y el Código Comercial argentinos". Conf. GARRO, Alejandro M., "La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: Su incorporación al régimen jurídico argentino (Quinta Parte)" en Rev. La Ley, tº 1985-I, pág. 868, ap. II in fine; ALTERINI, Atilio Aníbal y LOPEZ CABANA, Roberto M., "El impedimento ajeno a la voluntad como causal liberatoria en la Convención de Viena de 1980 (Ley 22.765)", en Lecciones y Ensayos, Nº 53, Buenos Aires, 1989, pág. 13.

del hecho que se señala como fortuito o dotado de fuerza mayor".⁷⁸

En virtud de las nuevas circunstancias -en especial tecnológicas y culturales- es más difícil la ocurrencia de algunos de los requisitos del casus. Así, la expansión del denominado saber gnomológico ⁷⁹, determina que sean previsibles ciertos hechos que antes no lo eran. Otros, antaño inevitables, ya no lo son, ⁸⁰; lo cual resulta de especial trascendencia porque la inevitabilidad puede ser considerada la clave de la noción de caso fortuito ⁸¹. La imposibilidad de cumplir, no obstante la relatividad del sentido del esfuerzo exigible ⁸², actualmente suele configurarse en menos hipótesis, aunque más no sea por las alternativas que brinda el mercado moderno.

En sentido inverso, resulta más fácil acreditar el caso fortuito cuando se predica que no tiene por que ser ajeno "a la persona del obligado y su actividad negocial" ⁸³, criterio que puede ser utilizado como vía de escape para atenuar las

⁷⁸ SOTO NIETO, Francisco, "El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación", Madrid, 1965, pág. 17; TRIGO REPRESAS, Félix A., "Casus y falta de culpa", en Rev. La Ley, tº 1981-B, pág.283, texto a nota 13.

⁷⁹ Que concierne a establecer la probabilidad o la posibilidad de un efecto según el desenvolvimiento de las leyes de la naturaleza: GIVANOVITCH, Thomas, "Du principe de causalité efficiente el de son application en droit penal", París, 1908, pág 101.

⁸⁰ La mera invención del pararrayos determinó que el efecto igneo del rayo, no obstante ser imprevisible, no sea inevitable, y la ejemplificación posible llega casi al infinito no bien se tiene en cuenta el impacto tecnológico: sobre éste, v. MESSINA de ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela N., "La responsabilidad civil en la era tecnológica Tendencias y prospectiva", Buenos Aires, 1989.

⁸¹ GALLI, en SALVAT, ob. cit., tº I, Nº 145-a, pág. 155; CAZEAUX - TRIGO REPRESAS, ob. cit., tº I, pág. 358.

⁸² "Es evidente que el Derecho no es lo absoluto, no lo requiere al deudor ser un superhombre, Tarzán, Asterix, Tintín o el Conde de Montecristo" (MALAURIE - AYNES, ob. cit., Nº 479, pág. 334), pues no se exige la vis maxima sino únicamente la vis major (TUNC, André, cit. por CARBONNIER, ob. cit., pág. 302).

⁸³ "1er. Congreso" cit., Rec. II, Desp. B. Com. 2, agregándose en la Rec. 12 que "el juicio de previsibilidad, aun cuando se plantea en abstracto, no puede dejar de contemplar, en alguna medida, la representación intelectual que determinó el accionar del deudor" (v. supra, nota 64). En otro sentido, las "V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil" cit., Rec. 4, Com 2, declararon que "en los casos de responsabilidad objetiva, tanto contractual como extracontractual el caso fortuito debe ser extraño a la cosa o a la actividad sobre la que pesa una presunción de responsabilidad".

derivaciones de la nueva corriente que viene insinuándose. Porque a través de él puede ser calificada como caso fortuito, verbigracia, la enfermedad del deudor o la imposibilidad de contratar derivada de su situación patrimonial ⁸⁴, y la huelga podrá enrolar como tal aunque no sea generalizada ⁸⁵.

7º: De cualquier manera, las discusiones reseñadas versan sólo sobre un área del Derecho de obligaciones: la cubierta por las directivas generales del sistema, propias del Código Civil ⁸⁶ que, en los hechos, son aplicables en un número limitado de situaciones.

Porque, con independencia de cualquier discusión técnica de los civilistas, tienen su propia regulación:

- a) Los contratos discrecionales ⁸⁷, en los que, por aplicación del principio de autonomía de la voluntad (art.1197, Cód. Civil), se conviene acerca de las causales de liberación: en ellos caben las cláusulas de responsabilidad por caso fortuito (art. 513, Cód. Civil), y aun los pactos de garantía ⁸⁸; y, en sentido inverso, el ensanchamiento de las causales de irresponsabilidad ⁸⁹.
- b) Los contratos regidos por normas de orden público (art. 221, Cód. Civil), en virtud del cual también se prohíben pactos limitativos de responsabilidad (transporte: art. 184, Cód. Comercio: hotelería: art. 2232, Cód. Civil: ruina de edificio: art. 1646, Cód. Civil), en especial en cuanto se trata de daños a la

⁸⁴ DEJEAN de la BATIE, Noel, "Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit civil français", París, 1965, N°94 y 104, págs. 84 y 91, y sus citas del Trib. París (G.P. 1983. 1.263: enfermedad de un actor; D.II 1934.369; enfermedad de un músico; D.P. 1910.2.292; enfermedad de un autor teatral) y de la Cass. Civ. 1ª. (S. 1953.1.114: desalojo en circunstancias de crisis locativa). Con relación a la enfermedad del deudor de una obligación intuitus personae, Cám. Nac. Civ., Sala A., L.L. 113-102.

⁸⁵ V. Cám. Fed. Cap., J.A. 38-44.

⁸⁶ Sobre la denominada decodificación y la función de los Códigos como núcleo del sistema, v. BUSNELLI, Francisco D., "Il diritto civile tra Codice e legislazione speciale". Napoli. 1983, págs. 47 y sigts.

⁸⁷ V. ALTERINI, Atilio Aníbal y LOPEZ CABANA, Roberto M., "La autonomía de la voluntad en el contrato moderno", Buenos Aires, 1989, cap. VI.

⁸⁸ Mediante los cuales "el deudor garantiza la obtención del interés representado por el cumplimiento de la prestación debida": LLAMBIAS, ob. cit., tº I, N° 211, pág. 256.

⁸⁹ LLAMBIAS, ob. cit., N° 208, pág. 252, texto y nota 190, señala la virtualidad de esos pactos: "la duda debe volcarse a favor del deudor, para concluir que el hecho dudoso configura casus".

persona o a la salud (art. 872, Cód. Civil) ⁹⁰.

- c) Las relaciones jurídicas abarcadas por estatutos particulares ⁹¹ que enuncian puntualmente las causales de liberación del sindicado como responsable (v. N° 7 in fine), o las caracterizan en un sentido particular (v. N° 10.5°).
- d) Los contratos de consumo de productos o servicios, en los que rige el orden público económico de protección, orientado a mantener el equilibrio negocial, que impone la responsabilidad objetiva del profesional frente al profano ⁹².

11. Según se ha visto, la modernísima corriente doctrinaria expuesta propicia que la responsabilidad contractual sea - como regla - de índole objetiva, y que por lo tanto únicamente se libere el deudor que logre acreditar la ruptura del nexo en ambigüedades, pues descarta expresamente la asimilación entre el caso fortuito y la falta de culpa que se filtra en el análisis de la doctrina tradicional.

Se enfrenta, pues, a ésta y a la jurisprudencia dominante, y constituye otro episodio de la reformación de ideas tenidas pacíficamente por válidas hasta ahora, en el tránsito hacia un Derecho nuevo en el cual es pertinente establecer, antes que todo y como siempre, "qué se debe conservar, qué se debe destruir" ⁹³.

A mi juicio, y naturalmente sin oponer resistencia a la idea de cambio, el debate que dé respuesta a ese interrogante no ha de quedar encerrado ni por los preconceptos paralizantes ni por los meros esquemas lógicos, y debe contener como componente inexcusable la valoración de las consecuencias, inclusive de índole económica, que puedan derivar de la adopción de uno o de otro punto de vista: al respecto, no debería pasarse por alto que los sistemas jurídicos de las naciones más desarrolladas, así como normas de aplicación internacional a las que ha adherido nuestro país, no sientan como principio que, para liberarse de una obligación contractual, sea regla la necesidad de acreditar la ocurrencia de un caso fortuito en términos estrictos, independizados así de toda vinculación con la diligencia que, en cada caso, el deudor está precisado a prestar.

⁹⁰ Conf. ORGAZ, Alfredo, "La ilicitud", Córdoba - Buenos Aires, 1973, ps. 159 y sgts. V. ALTERINI, Atilio Aníbal y LOPEZ CABANA, Roberto M., "Invalidez de las cláusulas limitativas en la responsabilidad profesional", en Rev. La Ley, t° 1989 - B, pág. 916.

⁹¹ Que constituyen la addenda y la errata del Código: G. LDART, W., cit. por BUSNELLI, ob. cit., pág. 44.

⁹² V. ALTERINI, Atilio Aníbal y LOPEZ CABANA, Roberto M., "La debilidad jurídica en la contratación contemporánea", en D.J., t° 1989 - I, pág. 817, y supra, texto y notas 48 y 72.

⁹³ BERTRAND, Edmond. "L'esprit nouveau des lois civiles". París, 1984, pág. 13.