

EL CASO FORTUITO EN EL MODERNO DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

Iñigo de la MAZA GAZMURI*
Álvaro VIDAL OLIVARES**

Resumen

Este trabajo intenta proporcionar una breve aproximación al caso fortuito en el moderno derecho de las obligaciones. En esta tarea, distinguimos entre sus requisitos y consecuencias jurídicas. En lo que concierne a los requisitos, consideramos la esfera de control, la imprevisibilidad y la irresistibilidad. Por lo que toca a las consecuencias jurídicas, distinguimos entre la obligación afectada por la fuerza mayor y los remedios disponibles para el acreedor.

Palabras clave

Caso fortuito, incumplimiento contractual, remedios.

Abstract

This article intends to provide a brief account of force majeure in the modern law of obligations. In doing so we distinguish between its requisites and its consequences. Regarding to the requisites we consider the sphere of control, foreseeability and unavailability. Concerning the consequences, we distinguish between the obligation affected by force majeure and the remedies available to the promisor.

Keywords

Force Majeure, breach of contract, remedies.

* Profesor de Derecho Civil. Universidad Diego Portales. Chile

** Profesor de Derecho Civil. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile. El artículo se enmarca en la ejecución de los Proyectos Fondecyt N.º 11811212 y N.º 1200734, de los cuales este autor es coinvestigador.

SUMARIO: I. Presentación. II. El supuesto de hecho. 1. La esfera de control. 2. Razonabilidad. 3. Imprevisibilidad. 4. Irresistibilidad. III. Las consecuencias jurídicas. 1. Una noción amplia y objetiva de incumplimiento. 2. La obligación afectada por el caso fortuito. 3. Los remedios del acreedor. IV. Palabras finales. V. Bibliografía.

I. PRESENTACIÓN

Una mirada a la literatura española sobre caso fortuito muestra que ha existido una preocupación por él, aunque menos intensa que respecto de otros temas importantes del Derecho de contratos (1). Probablemente, la razón es que, salvo situaciones completamente excepcionales como las que padecemos en estos días, el caso fortuito no se presenta con tanta frecuencia ni de manera tan amplia. Sin embargo, sucede con él algo semejante a lo que acontece con el error vicio del consentimiento: una agudizada percepción de él contribuye significativamente a afinar nuestra comprensión del Derecho de contratos en general (2).

Según desde donde se las mire, las cosas pueden presentar perfiles distintos. Aquellas de carácter jurídico no constituyen una excepción a esta regla. Por lo mismo, conviene explicitar el lugar desde donde pretendemos situarnos para considerar el caso fortuito. A partir del título de este trabajo, dicho lugar debería resultar relativamente obvio: el moderno derecho de las obligaciones. Lo que, sin embargo, resulta menos obvio es qué es aquello que designa la expresión «moderno derecho de las obligaciones». Se trata de una expresión que ha hecho fortuna en el ámbito español (3) y en algunos países latinoamericanos y que, según entendemos, designa un paradigma o modelo de regulación del fenómeno contractual cuyo antecedente más conspicuo es la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) y que, con posterioridad, ya sea a través de códigos civiles (4), directivas comunitarias (5), reformas a los códigos civiles (6), proyectos de reforma (7) e instrumentos de *soft law* (8), ha venido, progresivamente, impregnando el derecho europeo de contratos.

(1) Lo cual, por supuesto, no significa desconocer la calidad de los trabajos al respecto, así, por ejemplo, BADOSA COLL, F: «Art. 1105 CC», Comentarios Ministerio de Justicia, Edersa, Madrid, 1993; CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, Madrid, 2001. DEL OLMO GUARIDO, N., *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia*, Aranzadi, Thompson Reuters, Navarra, 2004.

(2) DE LA MAZA, I. y VIDAL OLIVARES, A., *Contrato y caso fortuito. Irresistibilidad y consecuencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 24.

(3) Así, por ejemplo, MORALES MORENO, A. M., *La modernización del derecho de las obligaciones*, Civitas, Madrid, 2006.

(4) El Código Civil holandés.

(5) La Directiva 1999/44 sobre algunos aspectos de las compraventas de consumo.

(6) Estamos pensando en la reforma del derecho de obligaciones de 2001 del BGB y la de 2016 del Code.

(7) Español.

(8) Véanse los Principios Europeos de Derecho de Contratos (PECL), los Principios de Contratos Comerciales Internacionales (PICC) de UNIDROIT, o el Marco Común de Referencia

El que ofrecemos en las páginas siguientes es un bosquejo –inevitablemente grueso– de la anatomía del caso fortuito en el moderno derecho de obligaciones. Esa anatomía distingue entre su supuesto de hecho y las consecuencias de su aplicación. Por lo que toca al supuesto de hecho, presentamos sus tres requisitos, es decir, que esté más allá de la esfera de control, que resulte imprevisible e irresistible. En lo que concierne a las consecuencias, se trata de explorar no solo el impacto sobre la obligación afectada, sino que, además, sobre los remedios de que dispone el acreedor.

II. EL SUPUESTO DE HECHO

Siguiendo una nomenclatura suficientemente aceptada, empleamos la expresión «supuesto de hecho» para designar el conjunto de requisitos que deben coincidir para que tenga lugar la aplicación de una determinada norma o conjunto de normas, en este caso, aquellas relativas al caso fortuito. Los requisitos que, actualmente, se exigen son ajenidad a la esfera de control, imprevisibilidad e irresistibilidad. En ese orden los consideramos.

1. LA ESFERA DE CONTROL

Como resulta bien sabido, el artículo 1105 del CC español dispone que: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables». Sin embargo, parejamente, la doctrina más autorizada ha señalado que aquello que se califica como caso fortuito debe encontrarse fuera de la esfera de control del deudor. (9)

Considerar la fisonomía de este requisito en el moderno derecho de las obligaciones permite, además de comprenderlo, advertir una forma de distribución de riesgos que no resulta intuitiva desde una teoría más clásica del contrato, centrada en las obligaciones del deudor.

Un ejemplo contribuirá a ilustrar esta idea. (10) Los trabajadores del deudor, a través de un ilícito penal impiden que este pueda cumplir con su obligación. Aun cuando el deudor demuestre que dicha circunstancia no era previsible ni

(DCFR, por sus siglas en inglés).

(9) En España, es el profesor Pantaleón Prieto, indica que la palabra «suceso» que emplea el artículo 1105 CC debe interpretarse como «impedimento ajeno al ámbito de control del deudor». PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad contractual», en *ADC*, 1991, pp. 1059 a 1072; MORALES MORENO, A. M., «Evolución del Concepto de Obligación en el derecho español», en MORALES MORENO, A. M., *La Modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Navarra, 2006, p. 54; Díez PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Navarra, 2008, p. 727; CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, 2 ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, 20/16 y 20/17.

(10) Múltiples ejemplos, en SCHWENZER, I., “Article 79”, en SCHLECTRIEM, P. y SCHWENZER, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

podría resistirse, estará impedido de alegar caso fortuito y resultará responsable del incumplimiento.

La razón es la siguiente, dicha circunstancia se encuentra en un ámbito de riesgos que el contrato ha asignado al deudor; de esta manera, el deudor ha garantizado un determinado resultado, por lo mismo, de nada sirve que ahora alegue que el hecho no le es imputable por su carácter imprevisible e irresistible. (11)

Convendrá detenerse por unos momentos en la noción de esfera de control.

El artículo 74 de la LUCI de 1964 –que es el antecedente inmediato del artículo 79 CISG– recoge la regla de la esfera de control. Según la opinión del profesor Stoll dicho artículo 74 plasma el «principio de la controlabilidad del riesgo» que entiende constituye una concreción de la «Teoría de las Esferas de control» de Ernest Rabel.

En conformidad con este principio, explica el autor, el deudor no solo asume la responsabilidad por los riesgos por él previstos concretamente al momento de contratar, sino por todos aquellos que puede y debe controlar. Dentro de los riesgos que puede controlar se encuentran, desde luego, los incumplimientos culposos, al ser siempre previsibles, evitables y superables. La responsabilidad típica del deudor se extiende más allá de la noción de culpa, comprendiendo todos los eventos que se originan en su esfera y que, por esta razón, siempre pueden mantenerse bajo su control mediante la adopción de medidas que le son exigibles conforme a la regla contractual (12).

Según el propio Rabel, también comentando el citado precepto, la idea de la esfera de control explica que el contrato asigna a cada parte todos los eventos que encuentran su origen dentro de lo que representa su propia esfera, con independencia de su culpabilidad y, también, aquellos que, hallándose fuera de la misma, las partes estaban obligadas a tenerlos en cuenta o a evitarlos o superarlos según el contenido y finalidad del contrato (13).

Por su parte, precisando aquello que incluye la esfera de control del artículo 79 de la CISG, la profesora Ingeborg Schwenzer indica que:

«The promisor’s typical sphere of risk includes responsibility for his own sphere, such as his financial capacity or for personal circumstances, procurement risk, utility risk, and liability for his own personnel (14)».

(11) El profesor MORALES MORENO indica que: «Según su artículo 79 CISG, el deudor responde de cualquier impedimento (factor determinante del incumplimiento) que se haya producido en el ámbito de su «esfera de control». Es, además, un sistema adecuado a la consideración de la vinculación contractual como garantía de un resultado (satisfacción del interés del acreedor). Implica que el deudor gestiona en su ámbito de control la ejecución del contrato y asume el riesgo de lo que en ese ámbito suceda, aunque no de modo absoluto, en la idea del CC (cf. arts. 1783, 1784 y 1601 CC)». «Evolución de Concepto de Obligación en el Derecho español», p. 52.

(12) STOLL, H., «Art. 74 LUCI», en DÖLLE (ed.), *Kommentar zum Einheitlicher Kautrech*, Frankfurt, S/E, 1967, p. 54 (18s).

(13) RABEL, E., *Gesammelte Aufsätze*, Bearbeitung Norbert, Tübingen, 1967, p. 342 y ss.

(14) SCHWENZER, I., “Article 79”, en SCHLECTRIEM, P. y SCHWENZER, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 1134.

Concluye afirmando que:

«The promisor typically is liable for his own sphere. He is not exempted under Article 79 by circumstances that have their origin in his person. Even unforeseen illness, death or arrest of the promisor or of one of his key employees does not exempt the promisor because, according to common trade understanding, the risk of such personal impediments to performance is borne by the promisor. The promisor is further responsible for his sphere of control, *i.e.* for impediments attributable to the nature or organization of his sphere of control, for example, a failure of production or accounting systems or the data processing equipment. Furthermore, the promisor is responsible for correct organization and trouble-free passage of steps necessary to prepare for and perform the contract; he is particular responsible for adequate storage facilities. In such cases exemption under Article 79 can only be considered if the operational disruption was caused by external impediment (natural catastrophe, epidemic, etc.)». (15)

2. RAZONABILIDAD

Más allá de la esfera de control, el deudor responde por su incumplimiento, salvo que se trate de un imprevisto irresistible. En los apartados posteriores (3 y 4) nos referimos a estos dos requisitos. Por ahora, nos interesa subrayar la forma en que se aproxima el moderno derecho de las obligaciones a estos dos requisitos.

«Imprevisible» e «irresistible» son expresiones vagas, es decir, su uso suele determinar que sea «dudosa la inclusión de un hecho o de un objeto concreto dentro del campo de ella (16)». Así, una guerra puede ser imprevista para un pequeño comerciante, pero no para una transnacional, o bien, los efectos de un terremoto pueden resultar insuperables para un deudor, pero no para otro.

Puestas las cosas de esta manera, un desafío común frente a las exigencias de imprevisibilidad e irresistibilidad es de concreción. La pregunta, entonces, es la siguiente ¿imprevisible e irresistible para quién?

En el moderno derecho de obligaciones, esta pregunta se responde con cargo a un modelo de conducta: el de la persona razonable. De esta manera, el artículo 79 (1) de la CISG establece que:

«1) Una parte 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 cabía 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».

(15) SCHWENZER, I., "Article 79", en SCHLECTRIEM, P. y SCHWENZER, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 1138. Para el derecho español pueden consultarse los ejemplos de PANTALEÓN, F., («Sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate», en *ADC.*, n.º 44, 1991, pp. 1069-1071).

(16) CARRIÓ, G., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3.ª Ed., Abeledo-Perrot. Buenos Aires: 1986, p. 137.

Por su parte, el artículo 8:108 (1) de los PECL

«(1) A party's non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences».

En fin, el artículo 7.1.7 (1) de los PICC:

«(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias».

Por su parte, los PECL son los únicos que definen razonabilidad (*reasonableness*) en su artículo 1:302

«*Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case, and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account.*».

La misma regla es recogida por el DCFR y CESL, aunque agregan que la determinación de aquello que es razonable se hace objetivamente. (17)

En fin, el artículo 1218 del CC francés:

«*Il a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.*».

Como se ve, la métrica para mensurar la imprevisibilidad y la irresistibilidad del impedimento es el de una persona razonable, puesta en la situación del deudor.

De esta forma, parece conveniente advertir que la expresión caso fortuito no ha de aplicarse de manera completamente abstracta, como si se afirmara que un terremoto o una inundación son un caso fortuito, sino relacionadamente, es decir, relacionada con una determinada obligación, aquella afectada por el impedimento. Y, entonces, por ejemplo, la pregunta ha de ser, ¿constituye un terremoto un caso fortuito respecto de la obligación de suministrar una partida de productos farmacéuticos en un determinado lugar y fecha respecto de un preciso deudor?

3. IMPREVISIBILIDAD

Como acaba de quedar dicho, si los riesgos se encuentran dentro de la esfera de control del deudor, esa circunstancia resulta suficiente para que no pueda alegar el caso fortuito. Respecto de aquellos riesgos situados fuera de la esfera de control, por así decirlo, cesa el lenguaje de las garantías y comienza el de las obligaciones. Aquella parte que quiera liberarse de la obligación de indemnizar deberá acreditar que su incumplimiento obedeció a una causa razonablemente imprevisible e irresistible.

(17) SCHMIDT, J., "Art. 1:302", en JANSEN; ZIMMERMANN, *Commentaries on European Contract Law*, Oxford University Press, New York, 2018, pp. 172-173.

Por lo que toca a la imprevisibilidad, que es el requisito que aquí interesa, Ingeborg Schwenzer ha sugerido lo siguiente:

«*The decisive test is whether a reasonable person in the shoes of the promisor, under the actual circumstances at the time of the conclusion of the contract and taking into account trade practices, ought to have foreseen the impediment's initial or subsequent existence (18)*».

La síntesis de la profesora Ingeborg Schwenzer parece suficiente (19). Con todo, debe prevenirse que se trata de un aspecto que no ha resultado pacífico. No hay duda de que el caso fortuito puede consistir en un evento subsecuente; sin embargo, no aparece como totalmente claro, más allá de la CISG (20), qué sucede tratándose de impedimentos originarios.

Así, por ejemplo, tratándose de los PECL, Thomas Rüdner entiende que, si el impedimento ya existía al tiempo de la celebración del contrato, entonces se aplicaría el artículo 4:103 que disciplina el error, de esta manera, el caso fortuito se aplicaría únicamente a impedimentos sobrevenidos. (21)

Se trata de una de una opinión discutible. La razón es que, como dispone el artículo 4:119 de los PECL: «*A party who is entitled to a remedy under this Chapter in circumstances which afford that party a remedy for non-performance may pursue either remedy*». De esta manera, frente a un impedimento originario, será el acreedor quien elegirá si administrar el asunto bajo las reglas del error o las del incumplimiento. Si lo hace bajo las del incumplimiento, entonces ese impedimento originario debiese ser tratado como un caso fortuito. En tanto, tratándose de los PCCI, el artículo 3.2.4 dispone que: «Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento», por lo mismo, el acreedor debe enderezar su pretensión según las reglas del incumplimiento y, entonces, el impedimento originario será tratado como un caso fortuito. (22)

(18) SCHWENZER, I., "Article 79", en SCHLECTRIEM, P. y SCHWENZER, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p.1134. Respecto del nuevo artículo 1218 del Código Civil francés, que contiene una idea semejante, puede consultarse LARROUMET, C. y BROS, S., *Traité de droit civil. Les obligations, le contrat*, 9ª ed, Economica, París, 2018, p. 778.

(19) La cuestión de la previsibilidad es una frecuente en el derecho de contratos, también en la responsabilidad extracontractual, los análisis al respecto resultan perfectamente útiles para este requisito del caso fortuito. Un provocativo análisis de la previsibilidad en OWEN, D., "Figuring Foreseeability", en *Wake Forest Law Review*, vol. 44, 2009, pp. 1277-1307.

(20) ATAMER indica que la CISG no distingue según el impedimento sea inicial o sobreveniente, de manera que la imposibilidad originaria no afecta la validez del contrato. Añade que, aunque según el artículo 4 de la CISG excluye de su ámbito de aplicación la validez del contrato y de algunas de sus estipulaciones, si se considera que el concepto uniforme de incumplimiento. Expresa que: "Since the Convention works with a uniform concept of breach of contract without differentiating between types of breach, a non-performance due to an antecedent impossibility is covered by the scope of application just like any other non-performance. The approach of the Convention does not allow for differentiation based on the reasons and timing of non-performance and its provisions take precedent over national rules"; ATARNER, Y., "Art. 79", en KRÖLL; MISTELIS; PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, A Commentary*, Portland, Hart, 2018, p. 1057.

(21) RÜFNER, T., "Art. 8:101" en JANSEN; ZIMMERMANN, *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, New York, 2018, p. 1175.

(22) PICHONNAZ, P. "Art. 7.1.7" en VOGENAUER, Stefan (ed.), *Commentary on UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 867. Indica que un impedimento inicial que hace imposible el cumplimiento también cae en el ámbito del

4. IRRESISTIBILIDAD

Un segundo requisito para que opere el caso fortuito es el de la irresistibilidad del impedimento y de sus consecuencias.

Lo anterior significa que el impedimento, de una parte, no podía evitarse ni superarse. De otra, que, si sucede, no podían evitarse ni superarse sus consecuencias. (23)

En otras palabras, en primer lugar, si el impedimento era evitable, es decir el deudor podía resistir su acaecimiento adoptando las medidas razonables, no hay caso fortuito.

En segundo lugar, aún si era inevitable, puede ser que fuera superable; si es así, una vez más, no hay caso fortuito.

En tercer lugar, aún si el impedimento era inevitable e insuperable, es necesario preguntarse acerca de sus consecuencias respecto del cumplimiento. Se trata de determinar si dichas consecuencias eran o no razonablemente inevitables e insuperables para el deudor.

Si las consecuencias eran evitables, es decir si el deudor aun así podía cumplir, debió hacerlo. Si no lo hace, no hay caso fortuito. Finalmente, aún si eran inevitables tales consecuencias, y hay caso fortuito, para determinar sus efectos, habrá que preguntarse si, razonablemente, podían superarse. Mientras tales consecuencias son insuperables, el caso fortuito produce sus efectos.

Un ejemplo contribuirá a aclarar esta idea. Se trata de uno de aquellos de los PECL (24).

Una bodega contiene materia prima de un fabricante farmacéutico. De manera imprevisible resulta inundada, arruinándose la materia prima.

La primera pregunta es si la inundación, razonablemente, podía evitarse. Si no es así, la siguiente pregunta es si, frente a su acaecimiento, el deudor podía superarlo, por ejemplo, retirando la mercadería antes de que se arruine.

artículo 7.1.7, debido a que la imposibilidad inicial no afecta la validez del contrato (Art. 3.3 (1)). Añade que el deudor es responsable por la imposibilidad inicial salvo que pruebe la fuerza mayor.

(23) Convendrá recordar que el artículo 79 (1) de la CISG establece este requisito en los siguientes términos:

«1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que [...] no cabía razonablemente esperar que [...] lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias».

Este requisito presupone que el deudor, ante un impedimento ajeno a su esfera de control e imprevisible, está obligado a evitar y superar el impedimento o sus consecuencias, cumpliendo, de esta forma, el contrato.

La profesora SCHWENZER explica que:

“As a rule, the promisor can be expected to overcome an impediment in order to perform the contract in the agreed manner, even when this incurs greatly increased cost and even a loss resulting from the transaction”. (1135)

Añade que:

“The extent and nature of the efforts which can be expected of the promisor to overcome the impediment or its consequences in particular cases must, here again, primarily be determined by means of the contractual allocation of risks”. SCHWENZER, I., “Article 79”, en SCHLECTRIEM, P. y SCHWENZER, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 1135.

(24) Article 8:108: Excuse Due to an Impediment, LANDO, O. y BEALE, H. (eds.), *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000, p. 382.

A continuación, frente a este evento inevitable e insuperable que arruinó la mercadería, resulta necesario determinar si el deudor podía, razonablemente, evitar el incumplimiento, por ejemplo, adquiriendo mercadería de otro proveedor. Si no lo podía evitar, operará el caso fortuito y queda obligado, si es que así resulta razonable, a superar tales consecuencias y cumplir. Por lo tanto, quedará exonerado de responsabilidad por el retraso en el envío de la materia prima a los clientes, no solo durante la inundación, sino que, además, por el tiempo necesario para obtener nuevas mercancías.

La irresistibilidad así entendida constituye una regla de conducta que impone al deudor un deber más allá de lo que razonablemente pudo tener en cuenta al celebrar el contrato. Tal deber equivale a la idea de la diligencia promotora del cumplimiento divulgada en España por el profesor Ferrán Badosa Coll, según la cual el deudor queda obligado a superar obstáculos, incluso imprevisibles, que afecten el normal desenvolvimiento de la prestación, procurando, de esta forma, que el proyecto de prestación sea realidad. (25)

Advertido en qué consiste la irresistibilidad, convendrá ahora presentar dos ideas que contribuyen a determinar sus bordes. La primera es la del sustituto comercialmente razonable. La segunda, el sacrificio económico.

La idea del sustituto comercialmente razonable proviene del derecho estadounidense (26) y consiste en una en una propuesta de modificación razonable de los términos del contrato (27). Siendo de esta manera, el deudor tiene el derecho de proponerlo y el acreedor el derecho a pedirlo.

(25) BADOSA COLL, Ferrán, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, p. 175.

(26) La figura del «sustituto comercialmente razonable» proviene del derecho norteamericano como una forma de superar la «impracticabilidad comercial del cumplimiento» de la § 2-615 Uniform Commercial Code “Excuse by failure of Presupposed Conditions” y que en su literal a) expresa que:

“a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid”.

Por su parte, reconociendo el derecho del deudor a ofrecer un sustituto comercialmente razonable, la § 2-614. (Substituted Performance):

“Where without fault of either party the agreed berthing, loading, or unloading facilities fail or an agreed type of carrier becomes unavailable or the agreed manner of delivery otherwise becomes commercially impracticable, but a commercially reasonable substitute is available, such substitute performance must be tendered and accepted”.

Y, en fin, la § 2-616, (Procedure on Notice Claiming Excuse), que confiere el derecho al comprador de exigir un sustituto al vendedor, prescribe que:

“(1) Where the buyer receives notification of a material or indefinite delay or an allocation justified under the preceding section he may by written notification to the seller as to any delivery concerned, and where the prospective deficiency substantially impairs the value of the whole contract under the provisions of this Article relating to breach of installment contracts (Section 2-612), then also as to the whole,

(a) terminate and thereby discharge any unexecuted portion of the contract; or
(b) modify the contract by agreeing to take his available quota in substitution”.

(27) 2-103 UCC.

Se trata de una idea que no está explícitamente recogida en la CISG (28), sin embargo, en opinión de la profesora Ingeborg Schwenzer, ante el impedimento inevitable y superable, el deudor igualmente, si según las circunstancias resulta razonable, debe cumplir la incluso a través de una prestación sustituta comercialmente razonable debiendo comunicarlo al acreedor en la noticia del artículo 79 (4) de la CISG. El acreedor podrá aceptarlo y si lo rechaza deberá justificarlo. La métrica para determinar si la negativa es o no injustificada es si la falta de conformidad de la prestación propuesta respecto de la originalmente pactada constituye un incumplimiento esencial. De no serlo, el acreedor debe aceptar el sustituto. (29)

La segunda idea es la del sacrificio económico. El deber de resistir las consecuencias del impedimento admite un límite cuando superar dichas consecuencias impone al deudor un costo que excede el «sacrificio económico» que, según la distribución de riesgos del contrato, debe soportar. Si es el caso, quiere decir que, pese a que materialmente es posible cumplir, el deudor queda liberado de hacerlo por razones de orden económico.

Conviene advertir que la existencia de este límite se propone respecto la CISG y no de los PECL y los PICC. La razón de que así sea, entendemos, es que estos dos últimos instrumentos, a diferencia de la CISG, contienen una regla para la alteración sobrevenida de las circunstancias que, precisamente, permite al deudor excusarse de cumplir debido a que dicha alteración provoca que la ejecución del contrato sea excesivamente más onerosa (30).

Pues bien, la CISG no incorpora una regla como aquella y es por esta razón que surge la necesidad de definir un límite económico a al deber de resistir el caso fortuito que, en definitiva, aunque en un escenario distinto –el de la superación de las consecuencias del impedimento– sirve como excusa del cumplimiento, al liberar permanentemente al deudor de su prestación (31). Sobre el punto la profesora Ingeborg Schwenzer indica:

«[...] *that does not rule out possibility of protection for the promisor in exceptional case where compelling him to perform the contract in the agreed form would push him beyond the 'limit of sacrifice' and where the risk was unavoidable and unforeseeable* (32)».

(28) Sin embargo, en los comentarios al artículo 65 del proyecto de Convención de 1978, para ilustrar el alcance de la regla del carácter irresistible del impedimento, se propone el siguiente ejemplo: Ejemplo 65 D: El contrato tiene por objeto mercaderías que deben ser embaladas en envases plásticos. En el tiempo en que el embalaje debía haber sido terminado, los envases plásticos no estaban disponibles en el mercado, por razones que el vendedor no pudo evitar [*fuera de su control*]. Sin embargo, existían otros materiales de embalaje disponibles. El vendedor debe superar el impedimento, empleando tales materiales sustitutivos, sin que pueda negarse a efectuar la entrega de las mercaderías. Si el vendedor emplea materiales de embalaje que son un sustituto comercialmente razonable de los pactados en el contrato, él no sería responsable por daños. Ejemplo 65 D UNCITRAL, Secretariat Commentary, Art. 65, *op. cit.*, par. 7.

(29) SCHWENZER, I., *op. cit.*, p. 1135; ATARNER, Y., *op. cit.*, p. 1061.

(30) El artículo 6.2.2 de los PICC y el artículo 6:111 de los PECL.

(31) NICHOLAS, B., "Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, School of Foreign and Comparative Law, Columbia University, Columbia, 1984, pp. 5-16.

(32) SCHWENZER, I., "Article 79", en SCHLECTRIEM, P. y SCHWENZER, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 1147.

III. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

El caso fortuito suele presentarse como una causa de exoneración de responsabilidad y una defensa frente a la pretensión de cumplimiento. Esto, desde luego, es correcto, pero no es toda la historia.

Un adecuado tratamiento de sus consecuencias jurídicas aconseja examinar sus efectos no solo sobre la obligación afectada, sino que, además, sobre la situación del acreedor de dicha obligación. Al proceder de esta manera, se descubre que el estudio de las consecuencias del caso fortuito corresponde a un examen de la forma en que se desenvuelven los remedios del acreedor frente al incumplimiento contractual provocado por un caso fortuito.

Para comprender esta idea, resultará útil comenzar por la noción de incumplimiento contractual en el moderno derecho de obligaciones.

1. UNA NOCIÓN AMPLIA OBJETIVA DE INCUMPLIMIENTO

Según nos parece la noción de incumplimiento que asume el moderno de las obligaciones es objetiva. Así, por ejemplo, en el artículo 7.1.1 de los PICC se establece lo siguiente: «El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío».

En los comentarios al precepto se indica que:

«Se debe prestar especial atención a dos características de la definición.

La primera es que la definición de “incumplimiento” incluye tanto las formas de cumplimiento defectuoso o tardío, como las de incumplimiento total [...].

La segunda característica es que, para los propósitos de los Principios, el concepto de incumplimiento incluye tanto el incumplimiento no excusable como el excusable (33)».

Entonces, la noción de incumplimiento contractual es amplia porque cubre cualquier manifestación de disconformidad entre lo pactado y aquello que, en realidad sucede, esto es, lo ejecutado por el deudor. Es objetiva pues el reproche –culpa, imputabilidad subjetiva o como quiera denominársele– no forma parte de la noción de incumplimiento. Cuestión distinta es que pueda formar parte del particular tipo de incumplimiento que requiere un remedio específico.

Nuestra sugerencia es que esta noción objetiva de incumplimiento contractual permite aproximarse con mayor comodidad a las consecuencias del caso fortuito.

(33) UNIDROIT, *Comentarios Oficiales*, S/E, Roma, 2016, p. 245. Por su parte, Schelhaas indica que el modelo actual impone la necesidad de una noción unitaria y amplia del incumplimiento, al permitir una más adecuada satisfacción del interés del acreedor afectado por tal incumplimiento. Así, la definición de incumplimiento del artículo 7.1.1 de los PICC faculta al acreedor a optar por cualquiera de los remedios previstos en el Capítulo 7. SCHELHAAS, H., “Article 7.1.1”, en VOGENAUER, S. (ed.), *Commentaries on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 829. También puede prestarse atención al artículo 1:301(4) de los PECL y sus comentarios.

La razón es que, al entender que el incumplimiento es una noción neutra, a la vez, se descubre que el caso fortuito no excluye el incumplimiento contractual y, de esa manera, se advierte que la consideración de sus efectos no se limita a la obligación afectada, sino que, también, alcanza a los remedios frente a dicho incumplimiento.

2. LA OBLIGACIÓN AFECTADA POR EL CASO FORTUITO

Ante todo, con independencia de si el caso fortuito obstaculiza total o parcialmente el incumplimiento o bien es de carácter transitorio o definitivo, la obligación afectada por el caso fortuito no se extingue. (34)

A continuación, habrá que advertir que, satisfechos los requisitos del caso fortuito y mientras se mantenga la irresistibilidad, la obligación afectada no es exigible ni su incumplimiento autoriza a solicitar la indemnización de perjuicios.

Por otra parte, tanto en la CISG, como en los PECL y los PICC se asume que la regla consiste en que los efectos del caso fortuito son de carácter transitorio. Así, por ejemplo, lo expresa el artículo 7.1.7 (2):

«(2) Cuando el impedimento es solo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato».

De este modo se explica que la regla del caso fortuito imponga al deudor la carga de comunicar al acreedor el impedimento y sus efectos en su capacidad para cumplir. El mismo artículo 7.1.7 (3) indica que:

«(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción».

Desde luego, el carácter temporal como regla no excluye que el caso fortuito pueda producir efectos permanentes. Claramente los producirá cuando se trate de un impedimento definitivamente irresistible para el deudor. Si es el caso, el deudor resultará liberado permanentemente de cumplir y no será responsable de los daños derivados de su incumplimiento.

3. LOS REMEDIOS DEL ACREEDOR

Como ha quedado dicho, el caso fortuito determina un incumplimiento contractual.

Frente a dicho incumplimiento, el acreedor no cuenta ni con la posibilidad de solicitar la ejecución específica –en la medida en que se mantenga la irresistibilidad del impedimento– ni la indemnización de perjuicios. Sin embargo, resta preguntarse ¿qué sucede respecto de los otros remedios?

(34) A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el artículo 1218 del Código Civil francés en el que, si el impedimento es definitivo, el contrato se resuelve de pleno derecho.

Los profesores Luis Díez-Picazo, Encarna Roca y Antonio-Manuel Morales han sugerido lo siguiente respecto del artículo 8.108 de los PECL:

«(b) El incumplimiento permite a la parte insatisfecha recurrir a cualquiera de los remedios propios del mismo previstos en capítulo nueve, (c) excepcionalmente se excluye la utilización de esos remedios en los casos en que exista una causa de exoneración prevista en el art. 8.108. Las causas de exoneración restringen la utilización de la acción de cumplimiento y de la pretensión indemnizatoria; por el contrario, las causas de exoneración no limitan la aplicación del resto de los remedios: la excepción de contrato no cumplido, la resolución, la reducción del precio(35)».

Convendrá confrontar esta opinión con la CISG, los PCCI y los PECL.

El artículo 79 5) de la CISG, en los siguientes términos:

«5) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención».

Por su parte, el artículo 7.1.7 de los PCCI dispone que:

«(4) Nada de lo dispuesto en este artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido».

Finalmente, el artículo 8:101 (2) de los PECL:

«(2) *Where a party's non performance is excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9 except claiming performance and damages*».

¿Qué se aprende de todas estas normas? En primer lugar, que el incumplimiento causado por el caso fortuito deja a disposición del acreedor los remedios frente al incumplimiento, con excepción de la indemnización de daños.

Por lo que toca al cumplimiento específico, debemos distinguir si el caso fortuito es de carácter transitorio o definitivo. Si es de carácter transitorio, entonces la posibilidad de solicitarla se suspende mientras las consecuencias sigan siendo irresistibles. En cambio, si el caso fortuito es de carácter definitivo, el deudor se libera de la obligación de cumplir. En palabras de Schwenger:

«[...] *the CISG generally leaves the promisee's right to require specific performance unaffected according to Article 79 (5). The German proposal that the wording should make clear that, if the impediment were of permanent nature, specific performance could not be insisted on was rejected at the Vienna Conference because it was felt that, in the case of actual impossibility, no problems would arise in practice, whereas the categorical removal of the right to specific performance could impair the promisee's accessory rights. Upholding the right to claim specific performance where the promisor has gained exemption under Article 79 is entirely sensible if performance remains possible at a later point in time, by repair or delivery of substitute goods, etc. (36)*»

(35) DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Madrid, Civitas, 2002, p. 326.

(36) SCHWENZER, I., "Article 79", en SCHLECTRIEM, P. y SCHWENZER, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 1150. En el mismo sentido, respecto de los PECL, DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Madrid: Civitas, 2002, pp. 326-327.

Los remedios que restan, entonces, son la resolución, la suspensión y la reducción del precio, que serán procedentes, por supuesto, en la medida en que se configure el supuesto de hecho de cada uno de ellos. Así, en el caso de la resolución, que el incumplimiento sea esencial o en el de la suspensión que los incumplimientos sean equivalentes o en la reducción la falta de conformidad o cumplimiento defectuoso.

Lo anterior nos parece evidente; sin embargo, nos interesa dejar apuntado un aspecto respecto de la resolución. Resulta claro que, en la medida en que se reconoce un incumplimiento de la obligación afectada por el caso fortuito, el acreedor de dicha obligación podrá resolver el contrato. Nuestra pregunta se refiere a la parte cuya obligación se vio afectada por el caso fortuito. ¿Podría solicitar la resolución del contrato por su propio incumplimiento? La respuesta es que no. Sin embargo, esto no significa que no pueda solicitar la resolución en ninguna circunstancia.

Podemos imaginar un caso en que dispondrá del remedio resolutorio, se trata de aquella circunstancia en que el acreedor optó por suspender su propia prestación, produciéndose un supuesto de incumplimientos recíprocos.

En este supuesto, en la medida en que se trate de un incumplimiento esencial, cualquiera de las partes podrá solicitar la resolución, sin que sea un obstáculo el que el incumplimiento no sea reprochable a ninguna de ellas.

Este reconocimiento de la facultad de resolver explica que en el número 5 del artículo 79 de la CISG se les reconozca titularidad a ambas partes. (37)

IV. PALABRAS FINALES

Una mirada, aun tan breve como esta, a la anatomía del caso fortuito en el moderno derecho de obligaciones permite comprenderlo como un dispositivo de distribución de riesgos más complejo que el simple modelo obligacional del contrato. Así, la idea de esfera de control enseña que el deudor garantiza ciertos resultados y, únicamente, más allá de ellos se puede exonerar de responsabilidad.

Por otra parte, se aprende que el caso fortuito puede ser otro de los múltiples dispositivos para adjudicar el riesgo de información defectuosa, tales como el error o los vicios redhibitorios.

A continuación, se advierte que el requisito de la irresistibilidad permite aproximarse a una figura poco explorada –al menos hasta donde llegan nuestras noticias– en el derecho español: el sustituto comercialmente razonable.

En fin, al examinar las consecuencias del caso fortuito aparece algo que no siempre se presenta como evidente: el caso fortuito origina un incumplimiento contractual, por lo tanto, el examen de sus consecuencias corresponde, en definitiva, a un estudio de los remedios del acreedor frente a este incumplimiento.

(37) Si bien la doctrina al pronunciarse sobre el artículo 79 (5) CISG, solo presta atención a que la disposición priva al acreedor de la indemnización de perjuicios, conservando los restantes remedios, no ha de olvidarse que el citado precepto reconoce expresamente que: «... impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención». Quiere decir, entonces, que ambas partes –la afectada por el impedimento y el acreedor– disponen de los remedios que la CISG les reconoce.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ATAMER, Y., “Art. 79”, en KRÖLL; MISTELIS; PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, A Commentary*, Portland, Hart, 2018.
- BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.
- BADOSA COLL, F., “Art. 1105 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Edersa, Madrid, 1993.
- CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, 2.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- CARRÍO, G., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.
- CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, Madrid, 2001.
- DE LA MAZA, I. y VIDAL, A., *Contrato y caso fortuito. Irresistibilidad y consecuencias*, Tirant lo Blanch, Santiago, 2020.
- DEL OLMO GUARIDO, N., *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia*, Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2004.
- DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Navarra, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA, E. y MORALES, A., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- LANDO, O. y BEALE, H. (eds.), *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000.
- LARROUMET, C. y BROS, S., *Traité de droit civil. Les obligations, le contrat*, Economica, París, 2018, 9.ª ed.
- MORALES MORENO, A. M., «Evolución del Concepto de Obligación en el derecho español» en MORALES MORENO, A. M., *La Modernización del derecho de obligaciones*, Thompson Civitas, Navarra, 2006.
- NICHOLAS, B., “Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, en *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, School of Foreign and Comparative Law, Columbia University, Columbia, 1984.
- PANTALEÓN, F., «Sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», en *ADC.*, n.º 44, 1991.
- PICHONNAZ, P., “Article 7.1.7”, en Vogenauer, Stefan (ed.), *Commentary on UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- RABEL, E., *Gesammelte Aufsätze*, Bearbeitung Norbert, Tübingen, 1967.
- RÜFNER, T., “Art. 8: 101” en JANSEN; ZIMMERMANN, *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018.
- SCHELHAAS, H., “Article 7.1.1”, en Vogenauer, S. (ed.), *Commentaries on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- SCHMIDT, J., “Art. 1: 302”, en JANSEN; ZIMMERMANN, *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, New York, 2018.
- SCHWENZER, I., “Article 79”, en SCHLECTRIEM, P. y SCHWENZER, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- STOLL, H., “Art. 74 LUCI”, en DÖLLE (ed.), *Kommentar zum Einheitlicher Kautrech*, Frankfurt, S/E, 1967.