

Hypothesis of Force Majeure in contracts

2 de abril 2020

Como es de público conocimiento, nuestro país y el mundo sufren las consecuencias que ha provocado el COVID 19 en la población, crisis sanitaria que ha exigido por parte de los gobiernos tomar medidas para controlar su propagación, y con ello, proteger vidas y administrar adecuadamente la curva de contagios que la pandemia puede producir.

Lo cierto es que las medidas que está adoptado o pueda adoptar en el futuro pueden, por una parte, afectar determinados derechos, y por la otra, afectar la capacidad para cumplir oportunamente con las obligaciones contractuales que las personas naturales y las empresas tiene con sus contrapartes.

Por lo anterior, resulta de gran relevancia explicar ciertas nociones sobre el *caso fortuito* y la *fuerza mayor*, y su relación con los contratos como causales de exención de responsabilidad, considerando los efectos del COVID 19 y los contratos vigentes.

Como una cuestión preliminar, y salvo que se haya pactado otra cosa, debemos tener en consideración que el *caso fortuito* y la *fuerza mayor* son eximentes de responsabilidad contractual por el hecho de que su ocurrencia se debe a factores exógenos de la relación contractual, y que, por consecuencia, no puede atribuírsele culpabilidad (falta de diligencia o cuidado) a las partes que lo sufren.

No obstante, lo anterior, resulta claro que es de aplicación general que una de las partes debe soportar el riesgo de la fuerza mayor. La regla general en materia civil sigue el aforismo jurídico de que “la cosa perece para su dueño”.

Estos mismos temas deben analizarse a la luz de la contratación en general, y de los contratos de construcción en particular.

El caso fortuito y la fuerza mayor se encuentran definidas en el artículo 45° del Código Civil, que dispone lo siguiente:

“Se llama Fuerza Mayor o Caso Fortuito el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

En primer lugar, corresponde señalar que el *caso fortuito* y la *fuerza mayor*, desde el punto de vista de las obligaciones, producen los mismos efectos.

El principal efecto del *caso fortuito* o *fuerza mayor* radica en que al no mediar culpabilidad del deudor en el incumplimiento por acontecer un hecho exterior, imprevisible, y, sobre todo, **irresistible** a su voluntad, lo inhibe de cumplir oportunamente sus obligaciones en el contrato, y con ello, lo sitúa en la hipótesis de exención de responsabilidad.

En cuanto a la característica de que el caso fortuito sea irresistible, la Excma. Corte Suprema ha entendido por ello lo siguiente:

la exigencia de ser un hecho irresistible, se refiere a la imposibilidad objetiva para el sujeto de evitar las

*consecuencias derivadas del hecho imprevisto. Consiste en que haya sido absolutamente imposible evitar el hecho o suceso aludido, no obstante, los medios de defensa empleados para superarlo. También implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos*¹.

Pues bien, esta causal de exención de responsabilidad contractual tiene su origen en el Código Civil, en particular en el inciso 2° del artículo 1547, que señala que:

*“El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.”*²

La pandemia que vivimos con el COVID 19, y sus efectos a nivel mundial, reviste todas las características de *fuerza mayor*, toda vez que sus características coinciden con los requisitos para que opere la *fuerza mayor*:

- **Inimputabilidad de los contratantes (Exterioridad):** Evidentemente las personas naturales y jurídicas no son artífices del COVID 19, ya que corresponde a una enfermedad catalogada como pandemia por su capacidad de alcanzar todas partes.
- **Imprevisto:** Dentro de la razonabilidad de los negocios, a la hora de celebrar los contratos, no resultaba posible estimar y considerar, o prever, la ocurrencia de una pandemia de las características del COVID 19.
- **Irresistible:** A la fecha no existe un antídoto que inhiba los efectos que el COVID 19 provoca en las personas, de modo que sus efectos son irresistibles actualmente.

Tal es el impacto de la pandemia, que también resulta un imprevisto imposible de resistir los actos de la autoridad, los que han llegado a decretar estado constitucional de Catástrofe, con todas las limitaciones a los derechos consagrados en la constitución que ese estado de excepción trae consigo.

Teniendo en consideración los elementos descritos, corresponde cuestionarse:

¿Qué debe analizarse en los contratos ante este tipo de circunstancias?

En **primer lugar**, debe estudiarse si existe en el contrato objeto de análisis una cláusula que regule la *fuerza mayor* o *el caso fortuito*. De ser así, debe analizarse si dicha cláusula sitúa de cargo de alguna de las partes el riesgo o la carga de la *fuerza mayor*. A falta de regulación en contrario, en los contratos de construcción, el evento de fuerza mayor lo soporta el mandante, cliente o dueño de la obra.

En **segundo lugar**, de regularse la *fuerza mayor*, debe establecerse las obligaciones que el contratista sí tiene bajo el contrato. Por ejemplo, debiera identificarse si existe alguna obligación de notificación al co-contratante, por el acontecimiento del hecho que reviste las características de *fuerza mayor*, y a su vez, o bien si el contratista está obligado a realizar gestiones para disminuir los efectos de la fuerza mayor.

Ahora bien, ¿qué ocurre si en el contrato no se encuentra regulado el *caso fortuito* o *fuerza mayor*?

En este caso deben utilizarse las reglas generales del Código Civil Chileno, y como ya lo adelantábamos, éstas liberan al deudor del cumplimiento de sus obligaciones cuando existe caso fortuito, como ocurre en el inciso segundo del artículo 1547° (citado recientemente), así como en el inciso segundo del artículo 1558° que señala lo siguiente:

“La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no dará lugar a indemnización de perjuicios”.

Sin perjuicio de lo indicado precedentemente, el *caso fortuito* y la *fuerza mayor* como causales de exención de responsabilidad tienen excepciones, y en dichos casos el deudor tendrá que responder cuando ocurra lo siguiente:

- Cuando el caso fortuito sobreviene por culpa del deudor.

- Cuando el deudor se encuentra en mora –retardo en el cumplimiento- y sobreviene la Fuerza Mayor.
- Cuando la Ley atribuya a una de las partes que soporte el caso fortuito o fuerza mayor.

En cuanto a contratación pública, deberá analizarse detalladamente que regula el contrato, sus bases de licitación, pero principalmente la Ley o Reglamento que rija determinada actividad.

Por ejemplo, el artículo 22 N°2 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas dispone expresamente que el Concesionario durante la etapa de construcción deberá responder por el caso fortuito y fuerza mayor, salvo que las Bases de Licitación no prevengan lo contrario, transcribimos la norma a continuación:

*“Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, **ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa.** El Fisco no será responsable de las consecuencias derivadas de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores. No obstante, **el Fisco concurrirá al pago de los perjuicios que irrogue el caso fortuito o la fuerza mayor, si así lo establecieren las bases de la licitación.**”*

Por su parte, el Reglamento de Construcción de Obras Públicas³ en el inciso tercero del artículo 134° establece que el Contratista deberá responder por daños provocados por *caso fortuito* o *fuerza mayor*, transcribimos dicha norma:

*“Dentro del mismo contexto, todo daño de cualquier naturaleza, **incluyendo fuerza mayor o caso fortuito**, que por razones ajenas al MOP, sufran las obras durante el período de construcción, **será de exclusiva responsabilidad del contratista** y deberá ser reparado a su costa y cargo, teniendo presente la facultad de éste de tomar los seguros que estime pertinentes.”*

Como se puede advertir no resulta un ejercicio pacífico el calificar jurídicamente un hecho como *caso fortuito* o *fuerza mayor*, ya que existe regulación legal y reglamentaria, así como contractual, que puede alterar el régimen de exención de responsabilidad contractual que, por regla general, tienen estos sucesos.

En el mismo contexto, es necesario analizar cada una de las obligaciones contractuales para saber si todas o algunas de ellas pueden someterse al escrutinio del *caso fortuito* o la *fuerza mayor*

-
1. *Excma. Corte Suprema, Rol de Ingreso N°2448-2010, caratulado “Danke con Fisco de Chile”, considerando trigésimo primero, sentencia de 12 de junio de 2013. ↩*
 2. *El Código Civil no distingue entre Caso Fortuito y Fuerza Mayor, de modo que su regulación y efectos son los mismos. ↩*
 3. *Decreto MOP N°75 del año 2004. ↩*

Contactos



José Manuel Larrain

Socio Director de Oficina,

Santiago

D +56 22 411 9206

josemanuel.larrain@dentons.com