



¿ES LA PANDEMIA DE COVID-19 UNA CAUSAL DE CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR INVOCABLE (¿Y PARA QUÉ LO SERÍA?) EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN?

TODOS HEMOS vivido con genuino estupor cómo ha ido expandiéndose la epidemia causada por el virus denominado SARS-COV-2, que da origen a la enfermedad a su vez denominada Covid-19. Por lo que se sabe -hasta ahora- todo partió en la ciudad China de Wuhan, registrándose allí un primer caso durante la primera quincena de diciembre de 2019, aparentemente por contagio en un mercado de animales vivos en dicha ciudad. De ahí hasta ahora (al cierre de la edición de esta columna), la OMS ha declarado la pandemia (11 de marzo de 2020), la infección se ha expandido por casi todo el planeta, se ha sobrepasado el millón de contagios y los fallecidos se cuentan por decenas de miles. En nuestro país la autoridad primero declaró la alerta sanitaria (8 de febrero) y luego, el 18 de marzo, el estado de excepción constitucional de catástrofe.

Seguidamente se han dictado un conjunto de normas de rango legal y reglamentario, disponiendo cuarentenas territoriales, medidas de aislamiento personal, toque de queda, aduanas sanitarias, cordones sanitarios, normas sobre protección del empleo, de flexibilidad tributaria, ordenación de las actuaciones y plazos en materia judicial, permisos individuales y colectivos y un largo etcétera. Todo ello en un lapso tan abrumador como corto, inferior a 4 meses. Asimismo, respecto de las cuarentenas existen ciertas actividades que están exceptuadas de ellas por razón de criticidad, dentro de las cuales no se

cuenta, hasta ahora, la industria de la construcción (por Instructivo del Ministerio del Interior).

Es decir, ha nacido todo un nuevo ordenamiento de excepción que está regulando nuestro derecho a desplazarnos, trabajar, realizar actividades económicas y las infracciones subsecuentes, incluso de carácter penal. Nada de ello existía hace tan sólo 4 meses atrás.

Pues bien: ¿Era esto razonablemente previsible? ¿Alguien, por ejemplo, puesto al día 30 de noviembre de 2019, podría haberlo anticipado? La respuesta, obviamente, es no.

Sin duda estamos ante un evento extraordinario y de una magnitud gigantesca que, además, aún desconocemos en toda su dimensión. Todo lo sucintamente relatado recién da cuenta de ello. La propia autoridad ha emitido actos formales que invocan derechamente el caso fortuito y la fuerza mayor (tales como el dictamen 3610/2020 de la CGR, Dictámenes N° 1239/005 y N° 1238/006 de la Dirección del Trabajo, Ords N° 222 y N°239 de la Dirección General de Obras Públicas, Decreto N° 420 del Ministerio de Hacienda, entre otros) derivados del Covid-19.

En ese contexto, cabe preguntarse: ¿De dónde proviene la *extraordinariedad* del evento? ¿Es del hecho -natural- de la epidemia? o, en su caso, ¿proviene de las medidas de autoridad que se han adoptado? A nuestro modo de ver, proviene indistintamente de una y otra fuente. Habrá situaciones en que el evento que gatille los efectos en un contrato provengan di-

“Es importante hacer notar que, aunque un contrato esté afectado por una situación de fuerza mayor o caso fortuito, de ello no se sigue necesariamente que cada una de las obligaciones que emanan de ese contrato estén en tal circunstancia. Así, si lo que se ve impedido es la ejecución de la obligación de hacer que se traduce en construir, es perfectamente posible que otras obligaciones no se vean de igual modo afectadas”.





“También es importante hacer notar que, aunque un contrato esté afectado por una situación de fuerza mayor o caso fortuito, de ello no se sigue necesariamente que cada una de las obligaciones que emanan de ese contrato estén en tal circunstancia. Así, si lo que se ve impedido es la ejecución de la obligación de hacer que se traduce en construir, es perfectamente posible que otras obligaciones no se vean de igual modo afectadas”.

rectamente de la enfermedad (cuando, por ejemplo, se vean afectados trabajadores de un turno o empresa); en tanto, habrá otras en que sea por aplicación directa de las medidas de autoridad en sí, aunque no exista ningún caso de Covid-19 reportado en la empresa constructora o mandante (por ejemplo, por imposibilidad de desplazamiento de trabajadores, proveedores, etc.). Por ello, ambas circunstancias tienen la aptitud causal de generar un evento de caso fortuito o fuerza mayor.

Con todo: ¿Significa eso que todos los contratos en actual ejecución o que lo estuvieron o estarán por el lapso de tiempo que se inauguró con la declaración de estado de excepción constitucional, están afectados por caso fortuito o fuerza mayor? No necesariamente. Dependerá de las circunstancias particulares de cada posible afectación.

No hay que perder de vista que de acuerdo con el art. 45 del Código Civil para estar en presencia de un caso fortuito o fuerza mayor, es imprescindible que exista una situación (no imputable al deudor de la obligación) en la que exista, por un lado, un evento *imprevisto* (que normal u ordinariamente no sea posible anticiparlo) e *irresistibilidad*, esto es que no podamos sustraernos a sus efectos, por más diligentes que seamos. Así entonces, puede haber contratos de construcción que estén siendo ejecutados sin mayores inconvenientes (por ejemplo, en algún lugar en que no haya cuarentena ni cordón sanitario, ni mayores restricciones para la movilidad de los trabajadores

o proveedores), y otros que caigan de lleno dentro de una comuna en cuarentena o en otra medida que impida, total o parcialmente, su ejecución. Ello debe analizarse caso a caso. No es posible formular una hipótesis genérica de caso fortuito o fuerza mayor.

Por otro lado, el caso fortuito o la fuerza mayor pueden actuar de manera definitiva, en cuyo caso se extingue la obligación afectada, o de manera meramente transitoria o temporal, esto es impidiendo ejecutarla mientras subsista la situación de hecho o la medida de autoridad que la causa.

Como sabemos, el efecto del caso fortuito o fuerza mayor se traduce en una exención de responsabilidad del deudor ante la imposibilidad de cumplimiento (definitivo) o ante la imposibilidad del cumplimiento oportuno (actúa sobre la mora). El deudor de la obligación afectada (dar, hacer o no hacer) por caso fortuito o fuerza mayor (que es quien deberá probarlo), no responderá civilmente por no poder cumplir, a menos que se haya pactado lo contrario (pacto perfectamente lícito al tenor de lo establecido en el art. 1547 inc. final del Código Civil). De modo que establecer si el contrato de construcción está o no afectado por caso fortuito y si éste deriva del hecho de la enfermedad o de las medidas de la autoridad y, en su caso cuáles y cómo, resulta ser fundamental a la hora de determinar la situación en que se halla el respectivo contrato.

Con todo, también es importante hacer notar que, aunque un contrato esté afec-

tado por una situación de fuerza mayor o caso fortuito, de ello no se sigue necesariamente que cada una de las obligaciones que emanan de ese contrato estén en tal circunstancia. Así, si lo que se ve impedido es la ejecución de la obligación de hacer que se traduce en construir, es perfectamente posible que otras obligaciones no se vean de igual modo afectadas. Por ejemplo, la provisión de ingeniería, la renovación de garantías, seguros, obligaciones de pago, etc. De modo que no tan sólo ha de analizarse la situación del contrato en particular, sino que también la de cada una de las obligaciones que de él se siguen.

Finalmente, debe diferenciarse la situación de caso fortuito o fuerza mayor que pueda afectar al contrato de construcción producto de esta situación tan excepcional, del hecho que las obligaciones puedan ser cumplidas, pero a un costo o mayor dificultad no previsto al tiempo de perfeccionarse el contrato. El caso fortuito ha de importar imposibilidad de ejecución, no una mera dificultad o mayor onerosidad en su cumplimiento. Esta segunda hipótesis desde luego no genera la exención de responsabilidad y el deudor de la obligación debe cumplirla, pudiendo eventualmente acudir a otros remedios, legales o contractuales, y con mayor o menor probabilidad de éxito, que por razones de extensión no podemos tratar en esta breve columna. Pero lo relevante a estos efectos es que no puede confundirse con el caso fortuito o la fuerza mayor y sus efectos inherentes. ■