

LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Por: Lcda. Rommy Moeller Gómez

1) Generalidades y aspectos fundamentales.

La indemnización de los perjuicios ocasionados al acreedor por el incumplimiento de la obligación y que, junto a la ejecución coactiva de dicha obligación, constituye el segundo de los derechos principales del acreedor después del pago por naturaleza, se ubica en el campo de la responsabilidad civil, la cual se funda en el máximo postulado del derecho de no perjudicar a otro injustamente, y que se traduce en el deber que pesa sobre toda persona, por vivir en sociedad, de observar una conducta prudente y cuidadosa para que, en el ejercicio de sus numerosas actividades y de sus derechos, no lesione injustamente a otro.

Sabemos que el deudor de una obligación debe cumplirla de modo perfecto y oportuno, y en caso de inejecución total o parcial de ella, o de ejecución imperfecta o retardada, imputables al deudor, debe él indemnizar al acreedor los perjuicios que le haya causado. Tenemos entonces que la consecuencia primera y principal del incumplimiento voluntario o imputable al deudor es la reparación del daño.

Aunque el Código Civil no lo diga expresamente, la indemnización de perjuicios consiste, generalmente, *en el* pago de una suma de dinero que se supone va a satisfacer al acreedor. Pero claro está que los contratantes, en uso de la autonomía de la voluntad, pueden estipular que se haga dando cosa que no sea dinero, o ejecutando o dejando de ejecutar un hecho.

2) Denominaciones

Por su carácter de reemplazo o sustitución, es adecuado el nombre de cumplimiento por equivalencia. Por el efecto de sanción civil a un acto ilícito que causa un daño, es propio que se le llame Indemnización de perjuicios. Fernando Fueyo, le llama ejecución indirecta o por analogía, expresión que es criticada por algunos tratadistas, aduciendo que encierra

ambigüedad. Ya que en efecto, como señala Fueyo mismo, basándose en los ejemplos de Alvaro Pérez Vives, existen varios casos de ejecución por equivalencia o analogía, sin necesidad de que se trate de indemnización de perjuicios, de novación o de dación en pago, a saber: el cumplimiento del modo por analogía (A. 1143, inc. 2 C.C.); el de las obligaciones de no hacer cuando la destrucción del hecho prohibido se sustituye por algo que suple cumplidamente el fin; entre otros casos. (A. 1598 C.C.).

3) Naturaleza de la obligación de indemnizar

Según Fernando Fueyo la reparación de daños es una obligación que pesa sobre el deudor que ha dejado de cumplir un contrato legalmente celebrado, sin perjuicio de los demás requisitos que han de concurrir. Con todo, no se trata de una nueva obligación, extraña a la incumplida que da origen a la reparación. Es la misma, con el solo cambio de objeto; pero conservando sus demás elementos.

La prestación originaria se reemplaza, en atención al incumplimiento, por otra que cumpla con la perfecta ejecución que espera el acreedor.

El propio Código reproduce la misma idea al expresar que toda obligación de no hacer "se resuelve" o sea, se convierte, en la de reparar perjuicios, si el deudor la contraviene y no puede deshacerse lo hecho. (A. 1598 C.C.).

Este cambio no constituye novación, pues ésta supone la extinción de la obligación anterior y su reemplazo por la de indemnizar los perjuicios; en cambio, para esta doctrina es la misma obligación primitiva la que se persigue bajo la forma de indemnización.

En cambio, para otros autores, la obligación de indemnizar es una nueva obligación que nace del hecho ilícito del incumplimiento, en todo análoga a la que origina cualquier otro hecho ilícito.

Abeliuk considera que, doctrinariamente la indemnización de perjuicios, si varía en ella un elemento esencial de la obligación como es su contenido, es evidentemente una nueva obligación, pero que por disposición de la ley y por su propia finalidad se subroga a la anterior incumplida.

Otro artículo que acoge la teoría de que es la misma obligación que subsiste es el 1715 del C.C.

La importancia de establecer que es la misma obligación anterior o en todo caso la subroga, es que todas las garantías de la obligación incumplida cubren la de indemnización y todo aquello que afectaba al vínculo de que aquella provino como una nulidad, afecta igualmente a la obligación de indemnizar.

Desde otro punto de vista, nos sugiere Abeliuk, la obligación de indemnizar es subsidiaria y eventual en relación a la convenida y que no se cumple; lo primero porque aparece sólo con el incumplimiento y porque por regla general sólo puede recurrir a ella el deudor, si el cumplimiento ya no es posible. Y es eventual, pues para que nazca, es indispensable que se dé el incumplimiento que está suspendiendo el nacimiento de la obligación.

4) Clases de indemnización:

4.1. Compensatoria

Hay inejecución total o parcial de la obligación cuando el deudor nada le paga al acreedor o cuando sólo le paga parte de lo que le debe, respectivamente. La ejecución imperfecta resulta, no ya de una comparación cuantitativa, sino cualitativa entre la prestación debida y lo hecho por el deudor so pretexto de cumplirla, p. ej. cuando el vendedor entrega vaca enferma o edificio inconsistente, debiendo entregar semoviente sano o fábrica sólida, respectivamente.

En los ejemplos anteriores, el acreedor tiene derecho a una indemnización de perjuicios que se denomina compensatoria porque reemplaza o equivale, en primer término, a la prestación que el deudor ha dejado de satisfacer en todo o en parte, o que ha ejecutado defectuosamente. Decimos que esto es así, en principio, porque el acreedor tiene derecho, además, a ser indemnizado de todos los daños que indebidamente se le hayan irrogado, aunque el valor de estos sobrepase al de la prestación debida. Ejemplo clásico es el ofrecido por Pothier: quien vende vaca enferma que contamina otros animales del comprador, ocasionándoles la muerte, está obligado a pagar el valor de estos otros semovientes y no sólo el de la vaca vendida.

De todo lo afirmado se infiere que esta indemnización es subsidiaria de la obligación principal, o sea que, como ya dije, reemplaza la prestación que es objeto de la obligación principal. Por esto **es que el acreedor** no puede exigir, a la vez, el cumplimiento de la obligación insoportable en todo o en parte, y la indemnización compensatoria, porque ello equivaldría a pretender el doble pago de una misma obligación. Pero esto no implica que la indemnización no pueda ser exigida por **el acreedor**, mientras no se haya establecido que el cumplimiento de la obligación principal se ha hecho imposible o que su inejecución es definitiva. En nuestro ordenamiento civil no es necesario esto, sino que simplemente basta que dicho deudor esté constituido en mora, lo cual está confirmado en el Art. 1606 C.C.

4.2. Moratoria

Se dice que la indemnización es de esta clase cuando corresponde únicamente a los perjuicios ocasionados por la mora, o sea, por el retardo culpable del deudor. Por tanto, en el cómputo del valor de esta indemnización no entra el de la prestación debida, sino que aquel se reduce a la estimación del daño que haya experimentado el acreedor por no habersele satisfecho su crédito oportunamente. Esta, entonces, no sustituye a la obligación principal ni es compatible con ella, o sea que la acción de cumplimiento de esta y la indemnización por la mora pueden acumularse.

El carácter complementario de la indemnización moratoria no solamente se predica respecto de la obligación principal, sino también respecto de la indemnización compensatoria. El acreedor debe ser satisfecho; en consecuencia, se le deben resarcir no solamente los daños irrogados por la inejecución total o parcial de la obligación principal o por su ejecución defectuosa, sino también los que haya sufrido por el retardo en el cumplimiento de dicha obligación y hasta el pago de la indemnización compensatoria que la reemplaza. A. 1596 C.C.

REQUISITOS DE LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Hay diversas enumeraciones, que varían de acuerdo al tratadista que estemos consultando. Fernando Fueyo trae una muy larga que consta de seis elementos: 1) Infracción de la obligación; 2) Imposibilidad de ejecución forzada o agotamiento de los medios para obtenerla; salvo

casos de excepción; 3) Que se haya causado un daño; 4) Que la infracción sea imputable al deudor, en grado de culpa o dolo; 5) Que el deudor haya sido constituido en mora; 6) Que el demandante haya cumplido por su parte o se allane a cumplir, si es bilateral el contrato.

Pero encuentro innecesaria la fragmentación en tantos elementos y voy a ceñirme a la enumeración de Ospina, que es corta y más sencilla:

- 1) Que el incumplimiento sea imputable al deudor.
- 2) Que el acreedor haya sufrido perjuicio a consecuencia de tal incumplimiento, y,
- 3) Que si la obligación es positiva, el deudor esté constituido en mora.

Vamos a empezar por el estudio de la mora.

MORA DEBITORIA:

Idiomáticamente las expresiones mora y retardo son sinónimos, pero jurídicamente, la noción de la primera es más compleja que la segunda, porque la palabra mora define una institución que apareja consecuencias diferentes y más importantes que las del simple retardo. En principio, el **deudor tiene** que cumplir su obligación cuando esta se hace exigible; si es **pura y simple, desde** su nacimiento; si es a plazo, al vencimiento de éste; y si es condicional, al cumplirse la condición. Ahora bien, si el deudor no realiza la prestación debida en la respectiva oportunidad, incurre en retardo y da lugar a la acción ejecutiva del acreedor, siempre que éste se encuentre provisto de un título que reúna las condiciones de fondo y de forma requeridas por las normas procesales. A falta de dicho título, el acreedor tiene que obtener, por la vía del juicio ordinario, el decreto o sentencia de cumplimiento contra el deudor. Pero el simple hecho del retardo en el pago no basta para que el deudor quede constituido en mora. Es además necesario, y en principio, que el acreedor requiera o reconvenga al deudor para que cumpla la obligación.

Entonces se puede definir a la mora debitoria, como el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de su obligación, unido a la **reconvención de parte del acreedor.**

ELEMENTOS: RETARDO, CULPA Y RECONVENCION.

RETARDO:

Consiste en que el deudor retrase la ejecución de la prestación debida después del momento en que ésta se hace exigible.

El retardo es requisito esencial de la mora y, por consiguiente, no existe mora donde no hay retardo. Así, el deudor no está en mora de cumplir obligación positiva (de dar o de hacer), a plazo o condicional, mientras esté pendiente el plazo o la condición, porque el retardo únicamente comienza con el vencimiento de aquel o con el cumplimiento de esta. Tampoco hay mora debitoria respecto de las obligaciones negativas, en cuya satisfacción no puede existir retardo, porque mientras el deudor se abstenga del hecho prohibido, está cumpliendo y cuando lo realiza deja de cumplir, sin que se pueda hablar de retardo.

CULPA:

El derecho romano, y en general, el derecho latino, han considerado uniformemente la mora debitoria como una especie de omisión dolosa o culposa, dándole así cariz esencialmente subjetivo. El derecho germánico ha llegado, por el contrario, a equiparar en ciertos casos los conceptos de la mora y el retardo. De suerte que, en tal sistema, el solo retardo, aun inculpable del deudor, denominado mora objetiva, puede conducir a la indemnización de perjuicios.

Nuestro Código Civil se ciñe a la tradición latina y no acepta la mora objetiva; si el retardo proviene de un caso fortuito, o sea, de un hecho imprevisto a que el deudor no puede resistir, no hay mora, ni se producen los efectos de esta. A. 1601 inc. 2 C.C., que debería decir retardo y no culpa.

RECONVENCION:

Para que el deudor quede constituido en mora y responda de los perjuicios ocasionados al acreedor, es también indispensable que éste, mediante un acto formal que se denomina requerimiento o reconvención, exija de aquel el cumplimiento de la obligación. Hasta entonces se considera que dicho acreedor no sufre perjuicio alguno por el retardo; su silencio se

interpreta como la concesión tácita de un plazo de gracia para el cumplimiento de la obligación. Por el contrario, la reconvencción indica que el acreedor no está dispuesto a esperar más y sirve para notificarle al deudor que su retardo está ocasionándole perjuicios, que de continuar, comprometerán la responsabilidad de éste.

El Art. 1594 ordinal 3^o, del código Civil exige la reconvencción judicial del deudor para que quede constituido en mora. No basta, pues, el requerimiento extrajudicial, por enérgico que sea: no son suficientes, por ejemplo, el envío de una carta certificada, ni un reclamo verbal ante testigos, etc. La intervención judicial en la reconvencción del deudor es en nuestra legislación solemnidad del acto, sin la cual éste carece de eficacia.

Los ordinales 1 y 2 del citado artículo, se refieren a dos casos especiales en que la reconvencción judicial se estima superflua, o legalmente se presume hecha, y son: el caso de que se haya estipulado plazo para el cumplimiento de la obligación, y el segundo al de que la obligación no haya podido ser cumplida sino dentro de cierto tiempo que el deudor ha dejado pasar.

ESTIPULACION DE PLAZO:

Está claro que en este caso no se exija nueva reconvencción, porque el deudor ya está prevenido desde la celebración del contrato, de que si deja vencer el plazo sin cumplir, se hace responsable de los perjuicios consiguientes. El aforismo *dies interpellat pro homine* describe gráficamente este sistema de constitución en mora del deudor por el vencimiento del plazo estipulado, el que acogen, además de la nuestra, varias legislaciones modernas.

Según Ospina hay que tener en cuenta que este principio no se aplica en nuestro derecho a cualquier obligación a plazo, sino únicamente a aquellas que provienen de un contrato, como claramente lo expresa el A. 1594 N^o 1 del Código Civil al hablar de término estipulado. En consecuencia, si la obligación a plazo es extracontractual, p. ej. si proviene de un testamento, le es aplicable el ordinal 3 del propio artículo, que preceptúa la reconvencción judicial. La razón es clara porque el principio antes mencionado se funda en la presunción de que el deudor queda advertido desde la celebración del contrato de que debe cumplir su obligación a

más tardar al vencimiento del plazo que él mismo ha convenido; y, como es obvio, esta presunción no tiene cabida cuando la obligación se ha originado en acto en que dicho deudor no ha participado. Otro ejemplo es cuando la ley específicamente lo manda, como en el caso del arrendamiento en que para que el arrendatario sea constituido en mora de restituir la cosa arrendada, es necesario requerimiento del arrendador, aun cuando haya precedido desahucio. A. 1917 Código Civil.

LA PRECLUSION DE OPORTUNIDAD.

La reconvencción al deudor tiene por objeto exigirle el cumplimiento de la obligación so pena de incurrir en responsabilidad por el perjuicio. Pero tal requisito se hace innecesario, y, por ello, la ley prescinde de él cuando la prestación no ha podido ser ejecutada sino dentro de cierto tiempo que el deudor ha dejado pasar sin cumplir. A. 1594 N² 2 del Código Civil. Por ejemplo, se arrienda casa destinada a negocio de hotel por el término de un año, y el arrendador se obliga a realizar ciertas obras necesarias para adaptar el inmueble al objeto del arrendamiento. Es claro que si el arrendador deja pasar el año sin hacer las obras, debe indemnizar al arrendatario y sobraría la reconvencción, porque vencido el contrato, el cumplimiento por parte del arrendador ya carecería de interés para el arrendatario.

La doctrina y la jurisprudencia han decidido que tampoco es necesaria cuando el incumplimiento es definitivo, bien sea porque la prestación se haya hecho imposible, o bien porque el deudor se haya negado expresamente a ejecutarla. P. ej. si tiene que entregar un caballo en cierta fecha y antes lo deja morir de hambre.

MORA CREDITORIA:

La responsabilidad del deudor por el incumplimiento de la obligación está condicionada a que este incumplimiento le sea imputable, de modo tal que esa responsabilidad queda descartada cuando el caso fortuito se interpone y determina inevitablemente la ejecución perfecta y oportuna de lo debido. Esta última situación también puede darse cuando el propio acreedor obra culposamente y coloca al deudor en la imposibilidad de cumplir. Esto es de rara ocurrencia y nuestro C.C. se refiere a ella en disposiciones aisladas y que miran a casos particulares a saber: a) El A. 1591; b) A. 1723; c) A. 1794. Estos son los Arts. que han permitido la elaboración de la teoría de la mora creditoria.

INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL DEUDOR

La inejecución o la ejecución imperfecta o retardada de la obligación, puede provenir: de la mala fe o dolo del deudor; de la culpa de éste, o sea de su negligencia o descuido; de un hecho imprevisible e irresistible que haya colocado al deudor en la imposibilidad definitiva o temporal de cumplir su obligación en la forma y tiempo debidos; y, de la culpa exclusiva del acreedor. Solamente en los dos primeros casos el deudor es responsable de los perjuicios sufridos por el acreedor, por serle imputables. En el tercer caso no hay lugar a indemnización; y, en el cuarto, la culpa exclusiva del acreedor produce este efecto exonerante, y si es concurrente con la culpa del deudor, puede disminuir la responsabilidad de éste.

a) IMPUTABILIDAD POR DOLO

Si el deudor deja de cumplir o cumple imperfecta o tardíamente, intencionalmente, incurre en dolo, que es la más grave de las faltas que se pueden cometer contra derecho. A. 1601 Código Civil. El deudor convicto de dolo debe indemnizarle al acreedor todos los perjuicios que le haya irrogado, y no solamente los previstos, sino también los imprevisos que sean consecuencia directa de dicho incumplimiento.

b) IMPUTABILIDAD POR CULPA

A las buenas intenciones en los actos jurídicos y obligaciones se debe agregar prudencia, diligencia, cuidado en la ejecución de lo debido, porque la finalidad puede frustrarse también porque culposamente deje el deudor de poner los medios adecuados.

Pero ¿cómo determinar en cada caso particular el grado de prudencia y diligencia que está obligado a prestar el deudor? Unos creen que hay que emplear un criterio subjetivo, concreto, según el cual cada persona debe obrar de acuerdo con su idiosincrasia y hábitos de conducta. Otros son partidarios de emplear un criterio objetivo y abstracto fundado en la comparación de la conducta del deudor con la que en análogas circunstancias observaría cierto tipo ideal. Pero nuestro derecho sigue a este respecto el sistema del antiguo derecho español y de Pothier, consagrando así la **teoría medioeval de la prestación de las culpas**, que implica una clasificación en tres grados de la diligencia que debe prestar el

deudor en la ejecución de sus obligaciones, y cuyas aplicaciones prácticas obedecen al criterio de la utilidad que los distintos actos jurídicos pueden reportar a las partes. El A. 29 del Código Civil, reconoce y define tres clases de culpa. Y en cuanto a las aplicaciones prácticas de esta clasificación el A. 1590 C.C. sienta varias reglas generales. Sin embargo, como lo indica dicho artículo, las reglas generales contenidas en él pueden ser modificadas, bien por las estipulaciones expresas de las partes, bien por disposiciones especiales de las leyes. Igualmente, varios artículos del Código Civil modifican las mencionadas reglas generales sobre la responsabilidad, como puede verse en los siguientes casos:

- 1) El mandatario responde de la culpa leve, aunque el mandato sea gratuito, es decir, sin utilidad alguna para aquel (A. 2060 C.C.), porque se dice que la gestión de negocios objeto de este contrato, permite presumir que el mandatario se ha comprometido a emplear ese cuidado.
- 2) El agente oficioso, cuyas obligaciones son las mismas que las del mandatario, por cuanto el objeto de sus actuaciones es la gestión de negocios (A. 2214 C.C.), generalmente responde de la culpa leve (A. 2216 C.C.).
- 3) Por regla general el depositario apenas responde de la culpa grave, porque el depósito propiamente dicho es gratuito. Pero puede ser responsable hasta de la culpa leve. A. 2151 A. 2154 A. 2171 C.C.
- 4) El comodatario es obligado a emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa y responde hasta de la culpa levísima. Sin embargo puede responder sólo hasta la culpa lata. A. 2108 A. 2109 C.C.

Se critica esta división, diciendo que determinado el contenido de un acto jurídico, y en general de una obligación, mediante la investigación real de las voluntades de los agentes, de la naturaleza jurídica del acto u obligación, de los usos y costumbres al respecto, y de los dictados de la equidad, al deudor se le debe exigir, además de la buena fe, ni más ni menos que la prudencia y el cuidado que los hombres juiciosos y diligentes, vale decir, los buenos padres de familia, prestarían en igualdad de circunstancias. Exigirle menos so pretexto de que suele ser torpe y negligente en sus propios negocios o porque el acto no le reporta utilidad

equivale a sacrificar los legítimos intereses del acreedor. Por el contrario, exigirle al deudor una diligencia extraordinaria y desusada en el cumplimiento de sus obligaciones, fundándose para ello en que el acreedor ha querido beneficiarle mediante un acto jurídico que no reporta utilidad alguna para éste, equivale precisamente a destruir el carácter liberal del acto, exigiendo al deudor que compense, mediante un sacrificio oneroso, el provecho que tal acto le reporta. Por lo expresado se sostiene que debería reformarse el sistema del Código Civil en este punto.

c) PRUEBA DEL DOLO Y LA CULPA

PRUEBA DEL DOLO

En nuestro ordenamiento legal, la carga de la prueba de los hechos le incumbe a quien los alega. A. 1742 C. En consecuencia el acreedor que pretenda la indemnización de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento o por la demora en el cumplimiento de las obligaciones, tiene que aducir la prueba de todos y cada uno de los requisitos establecidos por la ley para que haya lugar a dicha indemnización; y, como entre ellos figura el que el incumplimiento o retardo sean imputables al deudor, de conformidad con tal principio, le correspondería siempre a aquel demostrar el dolo o la culpa cometidos por este. El A. 1502 del Código Civil contiene una disposición, que a decir de algunos tratadistas sobra, porque según la regla general, quien alegue el dolo debe probarlo, y además, es redundante porque resulta claro que cuando la ley no establezca la presunción de dolo, la que implica el desplazamiento de la carga de la prueba en contrario hacia el demandado, le corresponde al actor suministrarla. El Código Civil solamente establece dicha presunción en contados casos: Por ejemplo cuando se ha detenido u ocultado un testamento. A. 1032 N² 5 C.C.; O cuando se hace una apuesta y se sabe de cierto que ha de verificarse o se ha verificado el hecho de que se trata. A. 2193 C.C.

PRUEBA DE LA CULPA:

Por el contrario, el enunciado principio general sobre la carga de la prueba sufre excepción muy importante en punto de la culpa por incumplimiento de una obligación la que sí se presume de conformidad con lo dispuesto en el penúltimo inciso del Art. 1590 C.C. De la lectura de este artículo colegimos que el acreedor de obligación contractual que instaura acción indemnizatoria sólo tiene que acreditar la existencia de dicha

obligación, el perjuicio y la constitución en mora del deudor cuando este último requisito sea de observar; mas no así la culpa imputable al deudor, pues ella se presume, lo que le impone a este la necesidad de desvirtuarla, bien sea mediante la prueba de la diligencia que le competía prestar, o bien con la de la ocurrencia de un caso fortuito o de culpa exclusiva del acreedor.

d) EQUIPARACION DE LA CULPA GRAVE AL DOLO

La culpa grave equivale al máximo descuido o negligencia de parte del deudor, entonces, el Código Civil, acogiendo la solución romana, lo equipara al dolo, o sea a la intención positiva de inferir daño, lo que conduce a que aquella, como este, le imponga al deudor la obligación de indemnizar todos los perjuicios directamente derivados de su incumplimiento o de su cumplimiento defectuoso o tardío, y no solamente los que se hayan previsto o podido prever al tiempo del contrato. A. 1601 C.C.

Pero esta asimilación de la culpa lata al dolo, solamente concierne a los precitados efectos y no a la prueba de la culpa. Como ya vimos, el dolo no se presume, y, por tanto, el acreedor que lo alega debe probarlo; por el contrario, como la ley sí establece la presunción de la culpa que debe prestar el deudor, para desvirtuarla éste tiene que demostrar haber procedido con la diligencia y el cuidado en el grado por él debidos A. 1590 C.C.

e) EL CASO FORTUITO

No hay lugar a responsabilidad ni a la consiguiente indemnización cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso o tardío del deudor no le es imputable a él, sino que es el resultado de un hecho extraño que supera su voluntad y que lo coloca en imposibilidad absoluta y permanente o transitoria de cumplir.

Se llama fuerza mayor o caso fortuito al imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, etc.

Para que un hecho extraño, constituya fuerza mayor o caso fortuito, es necesario que sea imprevisible e irresistible. No es posible entonces, hacer una enumeración taxativa de los casos que lo constituyen, sino que

la calificación de tales hechos en uno u otro sentido es cuestión de fado que los jueces tienen que apreciar discrecionalmente, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, a fin de averiguar si en éste se ofrecen o no los dos requisitos esenciales del fenómeno exculpatorio del deudor:

a) **La Imprevisibilidad:** es elemento esencial del caso fortuito; ha de apreciarse singularmente en cada situación concreta; el criterio para el efecto debe ser la rareza y repentinidad del evento, pues ha de partirse del supuesto de que una persona diligente y cuidadosa en sus negocios debe prever los hechos normales, o frecuentes, o probables, según la naturaleza de dichos negocios, especialmente si ella se ocupa habitualmente en estos, en forma que, al obligarse, es de presumir que asume los riesgos inherentes a ellos y que espera superarlos, porque en nuestro ordenamiento civil no se acepta la teoría de la imprevisión, que presume que el deudor se obliga en consideración a las circunstancias existentes al tiempo del negocio y que si estas varían, puede alegar tal cambio como excusa. Este elemento solo trae dudas, cuando no se sabe si el deudor pudo o no prever el acontecimiento, pues si aparece que si fue previsto, pero que el deudor creyó sobreponerse a él, deberá responder por haber obrado a sabiendas y con temeridad.

b) **La Irresistibilidad:** así como la expresión caso fortuito traduce la necesaria imprevisibilidad, la de fuerza mayor traduce la irresistibilidad, el hecho de ser fatal, incontenible, al punto de que el deudor no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. La expresión misma de fuerza mayor está indicando que ésta debe ser insuperable, que debe hacer imposible el cumplimiento de la obligación objetivamente considerada y no relativamente a las condiciones particulares del deudor.

Si después de nacida una obligación válida, su cumplimiento se hace imposible a consecuencia del hecho extraño imprevisto y que supera la buena intención y la diligencia del deudor, dicha obligación se extingue, quedando éste último liberado de responsabilidad frente al acreedor, quien así corre el riesgo del caso fortuito.

La imposibilidad de la prestación, debe ser absoluta: si el deudor pudo evitar el hecho o superar sus consecuencias, el incumplimiento le es imputable y compromete su responsabilidad. Igualmente debe ser per-

manente y no meramente transitoria: si el obstáculo sólo es transitorio, libera al deudor de la correspondiente indemnización moratoria, pero no de ejecutar la prestación debida una vez que haya desaparecido el obstáculo para hacerlo.

La inejecución de la obligación o su ejecución defectuosa o tardía, según el caso, no son imputables al deudor, y, por ende, queda exonerado de responsabilidad frente al acreedor insatisfecho. Pero a esto hay tres excepciones:

- a) cuando el deudor asume voluntariamente el riesgo del caso fortuito, garantizándole así al acreedor el resultado que este busca. A. 1716 Código Civil.
- b) cuando el caso fortuito sobreviene estando el deudor constituido en mora (siempre que dicho evento no hubiera dañado la cosa debida, si esta hubiere sido entregada al acreedor.) A. 1715 Código Civil.
- c) en el caso de pérdida de cosa hurtada o robada. A. 1719 C.C.

BIBLIOGRAFIA

REGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES:

GUILLERMO OSPINA FERNANDEZ, CUARTA EDICION, TEMIS BOGOTA-COLOMBIA 1984.

LAS OBLIGACIONES;

RENÉ ABELIUK MANASEVICH, SEGUNDA EDICION, EDIAR EDITORES LTDA. SANTIAGO-CHILE, 1983.

CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

FERNANDO FUEYO LANERI, SEGUNDA EDICION CORREGIDA Y AUMENTADA, EDITORIAL JURIDICA DE CHILE, SANTIAGO-CHILE, 1991.