

EL RIESGO DEL CONFINAMIENTO Y LA FRUSTRACIÓN DEL CONTRATO

THE RISK OF CONFINEMENT AND CONTRACT FRUSTRATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 284-291

* Muy sinceramente, quiero agradecer, por esta extraordinaria invitación, al Profesor José Ramón de Verda y Beamonte. Representa para el autor de estas líneas un verdadero honor participar en este proyecto.



Francisco José
TERNERA
BARRIOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: En este trabajo se pretende hacer unas breves reflexiones sobre el riesgo del confinamiento y su incidencia sobre la economía contractual a luz del concepto de la fuerza mayor, tanto desde la perspectiva de la obligación correlativa, como desde la de la extinción del entero contrato.

PALABRAS CLAVE: Confinamiento; riesgo contractual; fuerza mayor; frustración del contrato.

ABSTRACT: *This paper aims to make brief reflections on the risk of confinement and its impact on the contractual economy in light of the concept of force majeure, both from the perspective of the correlative obligation, as from the extinction of the entire contract.*

KEY WORDS: *Confinement; contractual risk; force majeure; contract frustration.*

I. Estamos confinados. Por circunstancias ampliamente conocido, un segmento importante de la población mundial, con diferentes dinámicas, está compelida “a vivir en lugar que parece destierro” (Cuervo, R., Diccionario de construcción y régimen de la lengua castellana, Casa Cuervo, Bogotá, 1954, p. 362). En efecto, el verbo “confinar” equivale a “desterrar a alguien a un sitio determinado, no permitiéndole salir de ciertos límites (Moliner, M., Diccionario del uso del español, Gredos, Madrid, 1994, p. 718). Cada uno de nosotros se encuentra “confinado en un taller”, en donde se “suda gotas como el puño, y en su casa y en la ajena su destino es siempre zurdo” (Bretón de los Herreros, M., Obras escogidas, Baudry, París, 1845, p. 453). Esta es pues la panorámica de nuestro mundo en los tiempos del *Covid*. En las siguientes líneas pretendemos relatar algunos aspectos y consecuencias jurídicas del *Riesgo del confinamiento* respecto del mundo de los contratos.

El *Covid*, en efecto, hay confrontado nuestro mundo, nuestra vida. Además de los saldos lamentables en vidas humanas perdidas, en despidos, en negocios malogrados, etc.-, el *Covid* ha tenido un fuerte impacto en el universo de del *Derecho privado* -especialmente, respecto de los *Derechos patrimoniales*-.

Así, por ejemplo, en el universo de las *propiedades*, hemos sido testigos de lo siguiente: las ortodoxas clasificaciones de los *bienes* (muebles e inmuebles, fungibles y no fungibles, universales y singulares, etc.) parece no ser suficiente para dar cuenta de las dinámicas socioeconómicas actuales. Hoy, prácticamente todas las operaciones se concentran respecto de bienes *producidos en serie* (consumibles o no- consumibles). En este orden de ideas, es posible imaginar un universo de bienes “finitos”, o mejor aún “limitados”, por un lado, e “ilimitados”, por otro. Unos y otros, están expuestos a dinámicas de producción y distribución muy distintas. Para nosotros, de alguna manera, con el concepto de bien “ilimitado” se evidenciaría lo siguiente: la riqueza, más exactamente la *propiedad*, puede crearse o replicarse una y otra vez, incluso en escenarios tan complejos como el presente.

Desde luego, en el universo de los contratos, las vicisitudes tampoco son menores, a propósito del *riesgo del confinamiento*. A todo nivel escuchamos hablar de despidos, suspensiones de los contratos, su renegociación y, por supuesto, de eventos o hipótesis asociados con la *fuerza mayor*.

• **Francisco José Ternera Barrios**

Magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Profesor de la Universidad del Rosario de Colombia. Correo electrónico: franciscoternera@yahoo.com.

Proverbialmente se proponen tres características de la fuerza mayor: *irresistibilidad* (como se infiere de su nombre mismo fuerza mayor; es decir, la imposibilidad en que se encuentra el contratante de impedir la realización del hecho), *exterioridad* (es una *causa extraña*, un evento externo, ajeno a la actividad del contratante y su esfera de control) e *imprevisibilidad* (hablamos de un *caso fortuito*, que no se puede conjeturar). Sin embargo, para nosotros el elemento preponderante es la *irresistibilidad*. En efecto, los eventos irresistibles, incluso siendo previsibles (v.gr. como algunos problemas de orden público) o internos (p.e. la enfermedad), no pueden ser superados.

Para entrar en materia presentamos los siguientes ejemplos. Imaginemos que un local comercial, en un importante centro comercial o en una zona privilegiada de una ciudad, fue arrendado hace varios meses. Su canon, como es razonable, es cuantioso. Desde hace dos meses, por cuenta del *confinamiento*, no puede operar. Otro ejemplo: se contrata con una empresa la venta de determinados productos perecederos. Los mismos, también por cuenta del *confinamiento*, no han podido ser entregados al comprador. De nuevo, otros ejemplos: un prestador de servicios no ha podido ofrecer a su contraparte su comportamiento prometido, un mandatario tampoco ha podido extender al mandante su encargo, un corredor no ha podido finiquitar un contrato entre dos extremos negociales, etc. Todo por cuenta del *confinamiento*.

Respecto de estas hipótesis, desde luego, nos preguntaríamos lo siguiente: ¿El *confinamiento* puede recibirse como una *fuerza mayor*? ¿debe el arrendatario o el comprador o los otros contratantes cumplir con sus respectivas obligaciones? ¿Se entiende terminado el contrato con la ocurrencia del *confinamiento*? Naturalmente, como ya se ha anticipado, la única respuesta posible no podría ser la siguiente: todos estos convenios -inevitadamente- se entienden aniquilados por *fuerza mayor*. En las siguientes líneas, exclusivamente, nos ocuparemos de esta eventual consecuencia: El *confinamiento* recibido como una fuerza mayor. Hablaremos de sus consecuencias respecto de la obligación correlativa (A) y sobre el contrato mismo (B).

2. (A). De manera concreta, dado el carácter estrecho de estas líneas, debemos plantearnos lo siguiente: el reconocimiento del *Confinamiento* como fuerza mayor -en el caso concreto- no solamente significa la liberación de un deudor contractual. También impone que el *Riesgo* sea asumido por alguno de los contratantes.

Así, por ejemplo, si el acreedor de esta frustrada obligación es mantenido en su compromiso, el *riesgo del confinamiento* correría por su cuenta. De acuerdo

con esta regla, el acreedor estaría obligado a cumplir su prestación sin recibir nada a cambio (puesto que la obligación del deudor se extinguió). Hablamos de la regla *res perit creditori* (en este caso la *res* sería la obligación frustrada). Si, por el contrario, el acreedor es liberado de su respectiva obligación, los riesgos de la fuerza mayor los asumiría el deudor, que perdería la oportunidad de lucro, los actos preparatorios, las ejecuciones previas, etc. Se trataría pues, de la regla *res perit debitori*.

En primer lugar, la regla *res perit creditori*, además de estar vinculada con la entrega de *cuerpos ciertos* -traslaticia o no translaticia de dominio-, también puede estar relacionada con fuerzas mayores que no constituyen destrucciones de bienes materiales. Por ejemplo, respecto del contrato de fletamento, se suele determinar que el fletero estará obligado a pagar el flete cuando por hechos fortuitos, como el riesgo de mar o las órdenes de autoridad nacional o extranjera, el fletante no pueda realizar el viaje o los viajes establecidos en el contrato.

Como se sabe, la regla *res perit creditori* adoptada por el legislador revela una política legislativa. Fue establecida tanto respecto de casos generales como particulares. Con ella, el legislador ha decidido -sin perjuicio de que sea cambiado por el clausulado contractual- mantener vigente la obligación que no sufrió vicisitud alguna y, por consiguiente, la convención misma.

En segundo lugar, según la regla *res perit debitori*, el acreedor de la obligación que se extinguió por la fuerza mayor queda también exonerado de cumplir su propio compromiso.

En esta dinámica, se asegura que, siempre que el deudor esté en mora de entregar un cuerpo cierto, asumiría el riesgo de la pérdida del bien, a menos que la fuerza mayor que destruyó el bien también lo hubiese destruido en las manos del acreedor. Respecto de la compraventa internacional de mercaderías, la Convención de Viena adopta soluciones análogas (ídem arts. 67-69).

Ahora bien, en el contrato de arrendamiento, en las normativas se suele prever que, desde el momento de la destrucción total del bien o la extinción fortuita del derecho real del arrendador, cesan las obligaciones de las partes. Es decir, el arrendatario, acreedor de la obligación imposible —la permisión del goce del bien—, es liberado de su respectivo compromiso.

Naturalmente, para el caso por ejemplo del arrendamiento de locales comerciales, el *Riesgo del confinamiento* propone retos plurales, incluso diferentes de los planteados. Así, por ejemplo, cabrían las siguientes cuestiones: la transformación de la naturaleza del local ¿puede recibirse como su destrucción?

Las restricciones de su vocación comercial ¿pueden recibirse como hipótesis de destrucción?

Al mismo tiempo, en el contrato de arrendamiento de servicios materiales, en las normativas se suele determinar que la destrucción de los materiales por el caso fortuito priva al artífice de su remuneración. En este caso, también, el acreedor de la obligación imposible -la confección de la obra material-, quien encargó la obra, es exonerado de su obligación. Estas soluciones se podrían extender a contratos como el depósito civil remunerado.

Por lo demás, con esta regla de la teoría de los riesgos se extienden al acreedor los mismos efectos liberatorios que se ofrecen al deudor de la obligación destruida por la fuerza mayor. Su justificación principal se encuentra en la noción de la *causa de la obligación*.

3. (B) Los *riesgos* pueden ser vistos, en algunos casos, como normas extintivas del contrato. Nos corresponde, pues, examinar cuándo su aplicación impone la destrucción del contrato y cuándo sus efectos no imponen la terminación de la convención.

Por un lado, en algunos casos, los *riesgos* se nos presentan como normas extintivas del contrato. Esta terminación opera de pleno derecho, es decir, sin necesidad de declaración judicial, diferenciándose de la nulidad y resolución. Esta terminación del contrato se impone siempre que se acoja la regla *res perit debitori*. Desde luego, en el caso concreto, el juez siempre podría verificar la realización de la *fuerza mayor* que dio lugar a la aplicación de la norma extintiva.

Por otro lado, en los casos en los cuales se acoge la regla *res perit creditori* la extinción de la obligación del deudor por fuerza mayor no tiene como consecuencia la terminación del contrato, pues el acreedor continúa obligado. Es decir, en estas hipótesis, el *confinamiento* no constituiría una *norma extintiva* del contrato. La convención seguiría existiendo entonces hasta que se extinga la obligación pendiente del acreedor.

Sobre el particular, nos preguntamos si el acreedor de la obligación que se extinguió por fuerza mayor podría servirse de mecanismos de justicia privada como la *excepción de inejecución* o *exceptio non adimpleti contractus* -con sus efectos dilatorios-. Al respecto, pensamos que estas medidas sancionan el incumplimiento de una de las partes. En el caso concreto, en el escenario presentado, no se verificaría este relatado incumplimiento.

Para terminar, de manera excepcional, puede suceder que la *fuerza mayor* no extinga la obligación. Hablamos de las denominadas *obligaciones de garantía*. En esta hipótesis, las normas del *Riesgo* no se aplicarían (en su lugar, seguirían vigentes las normas de la estructura obligacional y responsabilidad civil). A guisa de ejemplo, podríamos hablar de las obligaciones relacionadas con bienes *fungibles* o de *género*, que no se ven afectadas por la realización de la fuerza mayor (*genus nunquam perit* o *genus perire non censetur*). La fuerza mayor tampoco tiene efectos extintivos cuando se concentra exclusivamente sobre alguno de los cuerpos ciertos o de las conductas plurales no traslaticias que se deben de manera alternativa. En efecto, existiendo por lo menos algún objeto *in obligatione*, el deudor siempre podrá cumplir con su obligación.

4. Algunas de las dinámicas que hemos relatado se sintetizan así. Si en el caso concreto, el *confinamiento* es recibido como una fuerza mayor, la obligación que deviene como imposible se destruye. En este escenario, el deudor de esta obligación imposible no es señalado como responsable. Hay, desde esta óptica, una dinámica “plural” de consecuencias.

Los efectos son *totales* cuando varias normas contractuales operan: normas relacionadas con la estructura obligacional, sobre la responsabilidad y la fuerza mayor. Al lado de la obligación imposible –cuyo objeto se destruyó sin responsabilidad del deudor–, también se extingue la obligación correlativa. De manera puntual se produce la *liberación* de uno de los contratantes porque su obligación se extinguió, su exoneración de toda responsabilidad y la derivada muerte de la obligación correlativa. La liberación del primer contratante es refrendada con la emancipación de su contraparte. En esta dinámica, las normas de la *responsabilidad civil* son de “primer orden” y aquellas del *Riesgo* de “segundo orden”. Si no hay exoneración del primer contratante no puede operar la segunda liberación. Es el caso, precisamente, de las obligaciones de *garantía* (v.gr. obligaciones alternativas).

Los efectos son *parciales* cuando el *riesgo del confinamiento* únicamente produce efectos sobre la obligación imposible. En efecto, el deudor de la obligación imposible se libera. Por el contrario, la obligación correlativa y el contrato mismo perviven. Las consecuencias son, pues, destrucción de la obligación imposible, exoneración de responsabilidad del deudor de la obligación imposible y regla del riesgo *res perit creditori*.

