

El Representante de la Escuela de Medicina,
 JUAN B. LONDOÑO.
 El Representante de la Escuela de Derecho,
 GONZALO RESTREPO JARAMILLO.
 El Representante de la Escuela de Filosofía y Letras,
 JUAN JOSÉ GONZÁLEZ.
 El Secretario,
 RICARDO MONSALVE.

Concepción de la fuerza mayor o caso fortuito en el derecho civil colombiano

Damos comienzo a la publicación de este importante trabajo, obra de nuestro inteligente discípulo, aventajado estudiante de la Escuela, señor Ernesto Escobar Meneses. Estudio que mereció el primer premio en uno de los concursos abiertos en la época del Centenario de la Universidad de Antioquia.

He aquí el juicio del Jurado, integrado por los doctores Clodomiro Ramírez, Gonzalo Restrepo y Julio E. Botero acerca de dicha monografía:

«Concepción de la fuerza mayor o caso fortuito, revela en su autor pacientes capacidades de investigación, aplicadas con método al problema que estudia. Entre numerosas citas, escogidas con tacto y sin pedantería, el autor desarrolla su tesis y se encamina sin desviaciones al fin perseguido. Ni se limita meramente a exponer el punto de vista de los textos que consulta: el pensamiento propio busca nuevos argumentos, comenta los ajenos, esclarece el problema con el ejemplo práctico, método utilísimo para iluminar las oscuridades de la ley. Como deducciones naturales de un ordenado proceso lógico, surgen al final de la monografía las consecuencias a que se quería llegar y efectivamente se llega.»

**

Hallándose definido el concepto de fuerza mayor o caso fortuito en el Art. 1° de la Ley 95 de 1890 y expresado por una denominación de hechos comunes a la vida ordinaria e inteligibles para todos, parecerá innecesario remitirnos a la fuente común: el Derecho Romano. Pero, para hacer un estudio de tal concepto, poco o nada tratado entre nosotros, y, teniendo en cuenta el papel importantísimo que él desempeña en la legislación, conviene acudir a las fuentes romanas, con el fin de fijar los límites precisos en que debe situarse el abogado llamado a dictaminar o el juez requerido a fallar, si en determinado caso obró la fuerza mayor o accidente inevitable, en razón de los su-

cesos naturales o de actos de terceros concurrentes a considerar el hecho como tal, deduciendo, en consecuencia, la no responsabilidad.

Otro motivo poderoso nos induce recurrir al Derecho Romano: la gran importancia que para el derecho moderno representa la adopción del concepto «vis maior» en su sentido estrictamente romano, para las relaciones nacidas del efecto de las obligaciones y de los contratos.

Examinando las leyes romanas se ve que sus autores no pretendieron establecer previamente el concepto «vis maior», ni siquiera procuraron despejarlo o fijarlo de un modo auténtico, sino que querían aceptarlo y emplearlo como concepto ya dado, hecho por demás explicable, sea porque los romanos se ocupaban poco en el trabajo de definir, o porque no hallaban motivos prácticos para fijar de un modo exacto el concepto, lo cierto es que en las obras romanas que tratan de la fuerza mayor y que han llegado hasta nosotros, se encuentran pocos ejemplos que en ningún caso pueden llevar a una satisfacción completa.

De aquí, el que sean muy encontradas las opiniones acerca de lo que es el concepto «vis maior», contenido en la Glosa. De ésta, surgieron como enemigas, dos maneras de concebir el concepto, maneras que alternativamente y aún confundándose, han ejercido una influencia decisiva en el derecho moderno.

Para determinar el concepto «vis maior» se ha hecho uso de dos criterios: *El objetivo y el subjetivo*. Se aplicaría el primero, si lo que jurídicamente da el sello de fuerza mayor a un conjunto de hechos, se encuentra en la misma calidad de esos hechos, siendo algo exterior y visible lo que ayudaría a determinarlos.

Sí, por el contrario, ese signo es hallado en una relación entre los hechos y la conducta que ante ellos han observado las personas obligadas a indemnizar los perjuicios se tiene el criterio subjetivo. Sin embargo, para poder determinar este último criterio se hace necesario otro requisito: que sea imposible afirmar o negar la existencia de la fuerza mayor con sólo contemplar los hechos exteriores, para la cual es esencial establecer un balance entre estos últimos y las medidas adoptadas y los preparativos realizados para evitar los hechos o eludir los daños que puedan sobrevenir del accidente.

La Glosa ha adoptado el criterio subjetivo y supone, en general, que donde existe accidente inculpable (casus fortuitus), existe también «vis maior», eximiendo, por lo tanto, de la obligación de indemnizar.

Por lo dicho antes, se notará que los romanos equipararon el caso inculpable o puro accidente a la «vis maior», pensamiento que dominó mucho en teoría y que está consagrado en todas las legislaciones modernas.

Se puede creer, sin ningún fundamento, que tal pensamiento sirvió de base para que muchos escritores dieran un carácter especial a lo inevitable, lo irresistible, lo que no se puede prever, pues muchos tratadistas, entre ellos los que estaban en más intimidad con la práctica, no quisieron designar con tales expresiones la relación del hecho con la diligencia del que suponía el

caso fortuito. Además, no pensaron por un momento, que el suceso que se tenía en discusión, podía ser evitado apesar de todos los cuidados, puestos en su contra, sino que era preciso tener en mira cierta condición objetiva del suceso sobrevenido, por lo cual éste se presentaba por si mismo como «vis maior», sin ligamen con culpas.

Los escritores que no sostienen y usan aquellas expresiones (lo irresistible, lo inevitable, etc.), con absoluta prescindencia del carácter objetivo expresado por ellas, afirman que caso fortuito y fuerza mayor son idénticas.

Por consecuencia lógica, los autores que sostenían la analogía de tales palabras, se vieron en la necesidad de hacer una distinción entre los accidentes y buscaron algún signo distintivo en ellos y los denominaron *simples* y *calificados*, colocando éstos dentro del radio «vis maior». Esto es lógico. Si se considera el signo natural objetivo, es preciso encontrarlo en la parte externa de la acción, tan pronto como se haya afirmado que la cuestión de culpabilidad e inculpabilidad de las personas a quien se refiere, no debe tenerse en cuenta para la aplicación de los accidentes.

El Código Francés hace una distinción de los casos fortuitos, en *ordinarios* y *extraordinarios*, semejante a la de simples y calificados de los romanos, aunque con distintas palabras. Considera a los extraordinarios como que la prudencia humana es impotente a resistirlos. La misma clasificación se hace en el Código Civil Colombiano, aunque de una manera tácita.

Esta clasificación se hizo teniendo como base los ejemplos del Derecho Romano y con el fundamento de que *fatale damnum*, *vis divina*, *maior causa* y *vis maior* son sinónimas, así se llegó a la expresión *fuerza de Dios y de los enemigos*. Donell, citado por Exner, dice: «es fuerza mayor la que procede del cielo» y enumerando los casos de fuerza mayor, agrega: «por accidentes superiores resulta la fuerza, que llamamos *fuerza divina*, como por los vientos, los torbellinos, la lluvias y demás calamidades que del cielo proceden por los hombres, como son la invasión del enemigo» Más tarde aparecen con frecuencia las expresiones «hechos causados por los elementos», «fuerza natural» y otras parecidas para significar con ellas el concepto de fuerza mayor. Pero parte de los escritores no quisieron limitarse a esos ejemplos y extendieron la doctrina ya sentada, con relación al *naufragium*, a todas las calamidades causadas por los elementos y las reglas que tenían para el asalto de los piratas, a los daños causados por los enemigos; además, buscaron algo común para los dos grupos de casos, para considerarlo como norma calificativa de los hechos que podían ser considerados como fuerza mayor. De estos hechos les pareció observar como carácter saliente, la existencia de una fuerza avasalladora, impetuosa, desafiando toda resistencia humana que se pueda oponer.

De este modo se llegó a la *irresistibilidad e inevitabilidad*, diciendo que la «vis maior» era un accidente inevitable, *casus cui resisti non potest*. Pero parece que con esto no se quería significar la inevitabilidad en concreto, sino en abstracto; el acci-

dente considerado en si mismo o en su calidad debe ser tal que las fuerzas humanas sean imposibles contra él. No importa cuán grandes sean las fuerzas que en el caso acontecido hayan sido opuestas al hecho causante del daño, ni cuán grandes hubieran podido ser. El critério es puramente objetivo.

Esta manera de entender la fuerza mayor no se opone a la opinión antes expuesta, sino que es más bien como el desenvolvimiento de esta doctrina o como un proyecto de sentarla de un modo más racional. Teniendo en cuenta su esencia pueden considerarse ambas teorías como una sóla, puesto que los daños que resultan de una de ellas producidos por una fuerza incontenible, son a la vez los daños causados por los elementos y la fuerza avasalladora de terceros.

Sentados estos principios examinaremos la doctrina que encierra el Art. 1º de la Ley 95 de 1890.

En primer lugar vemos que nuestro Legislador dió el carácter de sinónimas a las palabras *fuerza mayor* o *caso fortuito* y en esto es consecuente con los que sostienen la teoría de considerar lo imprevisto, lo inevitable, con absoluta prescindencia del carácter objetivo expresado por dichas palabras.

En verdad, donde existe el caso fortuito necesariamente tiene que existir la fuerza mayor, son dos conceptos, que a mi parecer, no se conciben el uno sin el otro.

Para fundamentar nuestro aserto citaré la definición que de caso fortuito trae un comentarista francés: «Se llama caso fortuito los sucesos que se producen sin la voluntad ni el hecho del deudor». Examinando esta definición necesariamente viene a la mente el concepto de fuerza mayor, porque si en el caso fortuito se produce el hecho sin poner nada de su parte el que lo sufre y con absoluta independencia de su voluntad, con más razón la fuerza mayor que proviene de los elementos o de terceros, contra los cuales todo lo que se pueda oponer es deficiente.

El doctor Vélez en sus Comentarios dice que para que la fuerza mayor o caso fortuito pueda considerarse como tal, es necesario la concurrencia de dos elementos esenciales: Que sea *imprevisto* y que *no sea posible resistir*. De tal manera que si se puede evitar aunque fuera irresistible, no existirá legalmente; si fuere imprevisto pero resistible, tampoco existe legalmente. Es decir, que si no concurren las dos circunstancias mencionadas no hay fuerza mayor o caso fortuito.

Precisamente es esta la opinión sostenida por los Comentaristas del Código Civil Francés, para quienes fuerza mayor o caso fortuito, son conceptos completamente equivalentes. Demolombe en su *Traité des contrats*, 1887, I, pág. 549 dice: «Estas palabras (fuerza mayor o caso fortuito) se emplean a menudo separadamente la una por la otra, o hasta la una y la otra acumuladas, como sinónimas, y expresan, en efecto, igualmente la idea de una causa extraña, que no puede ser imputada al deudor».

Se podía argumentar que la fuerza mayor proviene de la naturaleza y el caso fortuito del hombre y aunque la distinción es exacta, no por eso sería razón suficiente para que de la diferencia de terminología, se fuera a hacer la distinción entre caso for-

tuito y fuerza mayor, porque «se les ve casi en todas partes confundidas con la misma significación sea en los libros de jurisprudencia o sea en el texto de la ley» (Demolombe, obra citada.)

Sin embargo, el espíritu del Art. 1148 del Código Civil Francés, tiende a considerar el caso fortuito y la fuerza mayor como dos expresiones completamente distintas, cuando dice que no se deben daños y perjuicios si el deudor no ha podido cumplir su obligación «*por consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor*».

Planiol es partidario de que se haga una distinción lógica entre los dos conceptos y dice que se debe usar la expresión *caso fortuito*, cuando se quiere designar *el origen externo* del evento que ha impedido el cumplimiento de la obligación, o, si lo que se quiere expresar es la *naturaleza invencible* del obstáculo, debe usarse *fuerza mayor* siempre que el deudor no haya triunfado sobre él. En seguida agrega: «De suerte que las expresiones se encuentran justificadas, porque ellas expresan *dos ideas diferentes*, pero se pueden emplear acumuladas a *propósito de un mismo hecho* que debe ser, a un mismo tiempo, caso fortuito por su origen y fuerza mayor por su resultado, o separadamente si no se discute sobre uno u otro de estos dos caracteres», (Droit Civil, 1921, T. 2, pág. 83).

Colin y Capitant traen otras dos teorías: Por la primera, se considera a la fuerza mayor como que designa un obstáculo a la ejecución de la obligación resultante de una *fuerza extraña* y al caso fortuito, derivado de un *impedimento interno*, es decir, que tiene su fuente en las condiciones mismas de la explotación que el deudor haya dado a la cosa, o del accidente del material, o de la falta del empleado. Un poco distinta de la anterior es la segunda teoría, según la cual el caso fortuito es la *imposibilidad relativa* de la inejecución de la obligación, lo que con más claridad viene a ser, aquella imposibilidad que habiendo podido entorpecer la acción del deudor, sea en si mismo o como un *bonus pater familias* ordinario, no le hubiera ocurrido a una persona dotada de una voluntad mejor disciplinada y provista de mayores medios de defensa. La fuerza mayor sería, pues, una *imposibilidad absoluta*, cuando proviene de un obstáculo «*irresistible, imprevisto e imprevisible*» (Droit Civil Français, 1921, T. II, pág. 10.)

Todos convienen, sin embargo, en que la fuerza mayor y el caso fortuito producen el mismo efecto liberatorio.

La Jurisprudencia francesa considera los dos conceptos como sinónimos, no entrando hasta ahora en las nuevas teorías tendientes a establecer una graduación entre los dos hechos. La misma idea prevaleció en el Derecho Romano, como ya lo hemos estudiado en un principio.

ERNESTO ESCOBAR MENESES.

(Continuará).

INFORME

Señor Presidente del Centro Jurídico:

Reconociendo como debo hacerlo, mi insuficiencia en esta clase de cuestiones y animado sólo por el deseo de no menoscabar las bases de estabilidad y adelanto que se ha trazado el Centro Jurídico, he de aceptar la comisión conferida por Ud. acerca del estudio del tema propuesto al Centro por el muy distinguido socio señor Luis Navarro Ospina. Espero disimulará lo deficiente, ya que no he *tenido a la mano* obras de consulta que faciliten el estudio.

La cuestión propuesta es un caso nuevo. Y digo nuevo porque no se le ha prestado la atención que merece atendidas la finalidad que persigue y las trascendentales consecuencias que reviste el hecho considerado criminoso por la ley.

A qué obedece—dice el tópico propuesto—la preponderancia de los vagos o el poco o ningún castigo de ellos, especialmente de los que contempla el ordinal 2º. del Art. 182 del C. de Policía? Son suficientes las disposiciones sustantivas que regulan la materia para reprimir esa contravención? Qué medidas deben tomarse?

Para mejor inteligencia copiamos el Capítulo del Código que se va a comentar.

«Art. 182. Son vagos los que se encuentren en algunos de los casos siguientes:

1º. Los que sin tener oficio ni beneficio, hacienda o renta, viven sin saberse los medios honestos de donde les venga la subsistencia.

2º. Los que aun teniendo rentas o emolumentos de qué subsistir, se entregan a la ociosidad y cultivan relaciones más o menos frecuentes con personas viciosas o de malas costumbres:

3º. Los oficiales, jornaleros, aprendices y sirvientes que pierden en la ociosidad parte del tiempo de suerte que lo que ganen no les alcance para atender a su decente manutención, siempre que no se sepa el medio legítimo como proveen a sus necesidades;

4º. Los que mendigan fingiendo inconveniente grave para trabajar;

5º. Los que andan de pueblo en pueblo sin ejercer una industria u oficio capaz de proporcionarles honradamente la subsistencia;

6º. Los que sean condenados por juegos prohibidos o permitidos, por tres o mas hechos ejecutados en el curso de seis meses.

7º. El ratero a quien por dos o más veces delitos, contra la propiedad haya sido condenado dentro del término de doce meses (Art. 6 de la Ordenanza 49 de 1922).

Las anteriores disposiciones vienen en vigencia desde años atrás y sólo ha sido suprimida la que castigaba, o consideraba en el caso de vagancia a las mujeres públicas que causaren escándalo constante con su vida licenciosa y relajada, supresión que en nuestro concepto obedeció en mucho a la falta de establecimiento penitenciario.