

La fuerza mayor en los contratos de construcción

"...Uno de los elementos o requisitos para que un evento pueda ser calificado como tal y que, por tanto, sea calificado como exención de responsabilidad de la parte que debía cumplir su obligación, es la ausencia de culpa o negligencia. En caso contrario, ya no estaremos en presencia de una fuerza mayor, sino que de un incumplimiento de las obligaciones del contrato..."

Viernes, 24 de mayo de 2019 a las 9:39



Víctor Ríos

Un caso fortuito o fuerza mayor puede resultar muy perjudicial para el desarrollo de un proyecto por circunstancias de hecho que obliguen a suspender su ejecución, paralizando la obra hasta que se logren superar los impedimentos que de ella provienen.

El caso fortuito y la fuerza mayor —definidos por nuestro Código Civil como *aquel imprevisto a que no es posible de resistir*— constituyen eximentes de responsabilidad que excusan a quien debe cumplir una obligación contractual de cumplir con sus obligaciones debido a que se configura una imposibilidad material sustentada en un hecho de la naturaleza o en un acto de autoridad imprevisto, irresistible y ajeno a la voluntad de las partes, que impide su cumplimiento.

Dicho de otro modo, un evento constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor debe ser uno que, en sí mismo, debido a sus especiales características, derive en que haya una imposibilidad en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, siendo requisito *sine qua non* para que se configure la imposibilidad de que nadie sometido a las mismas circunstancias de tiempo y espacio pueda hacer frente a la obligación cuyo cumplimiento se exige.

En la “industria” de la construcción es bastante habitual que un proyecto se vea enfrentado a hechos que puedan calificarse como caso fortuito o fuerza mayor, precisamente porque se trata de contratos de larga duración en el tiempo, en los que ocurren eventos muchas veces imprevistos e irresistibles, tanto para el propietario de la obra como para el constructor.

Si la representación que ambas partes se han hecho de la realidad es sustantivamente diferente de lo encontrado en terreno, sin duda que podríamos encontrarnos frente a un caso de fuerza mayor. Lo mismo podrá ocurrir con los hechos que provienen de una acción u omisión imprevista emanada ya no de la naturaleza, sino de la autoridad, caso en el cual la fuerza mayor toma el nombre de “caso fortuito”. Aunque en la doctrina moderna son expresiones sinónimas.

Los hechos de fuerza mayor en el ámbito de la construcción también se presentan en aquellos casos en que se requiere una autorización o permiso de un tercero, sea este la autoridad o un privado, por ejemplo, la obtención de un terreno que debía ser expropiado en una fecha determinada o un terreno sobre el cual debían constituirse servidumbres por parte de terceros y estos se niegan a hacer entrega física de este dentro del plazo que las partes del contrato previeron.

También podrá darse cuando para construir se debía obtener un permiso ambiental dentro de un plazo que se estimó por las partes como plausible y ello no ocurre por alguna razón fuera del control de ambas partes, por acciones u omisiones de terceros o de la propia autoridad que puedan calificarse como irresistibles para ellas.

En cualquier caso, para que se pueda estar en presencia de fuerza mayor debe tratarse de hechos ajenos a la responsabilidad de ambas partes, de lo contrario, podremos estar ya no en presencia de un evento de fuerza mayor, sino de un incumplimiento que le resulte imputable a alguna de ellas.

Así como un incumplimiento y la consecuente responsabilidad supone una acción u omisión de una de las partes, una relación de causalidad entre dichas acciones u omisiones y el perjuicio causado, la fuerza mayor supone un evento imprevisto e irresistible que libera del cumplimiento de obligaciones.

Supongamos, por ejemplo, la ocurrencia de un hallazgo consistente en un cementerio o en una tubería de gas no contemplada en los planos del proyecto. Ese solo hecho, por su importancia, mantendrá paralizadas las obras por varios meses y requerirá la intervención de autoridades de todo tipo. Lo mismo ocurrirá en caso de que aparezca una instalación subterránea que no se encontraba informada en los antecedentes del proyecto¹.

Un evento de fuerza mayor podrá suspender las actividades constructivas y si dichas actividades se encuentran en la ruta crítica del proyecto —o bien llegan a serlo en el tiempo—, entonces la paralización de actividades tendrá efectos que podrán ir mucho más allá de la actividad específica suspendida, afectando el plazo total del contrato, generando sobrecostos indirectos y gastos generales por mayor permanencia en obra.

Ahora bien, verificado un hecho que califique de fuerza mayor —como el antes indicado— la pregunta que deberá formularse es: ¿quién responderá de sus consecuencias? En concreto, de los efectos que dicho evento imprevisto haya producido en el contrato de construcción.

En términos generales, salvo que en el contrato se haya pactado lo contrario, el contratista no responderá por el retraso causado por un caso fortuito o fuerza mayor, esto es, no responderá por la tardanza originada por un terremoto, un *tsunami*, una lluvia torrencial extraordinaria y cualquier hecho o fenómeno de la naturaleza que pueda ser considerado como un imprevisto imposible de resistir o de prever.

Sin embargo, para contestar quién responde de los efectos de la fuerza mayor habrá que examinar este asunto desde varios ángulos.

En primer lugar, si las partes nada han dicho en el contrato respecto de la fuerza mayor, entonces se aplicarán las reglas generales de nuestro derecho en esta materia, que

básicamente se pueden resumir en el aforismo jurídico de que “las cosas perecen para su dueño”, haciendo aplicable la regla general contenida en el artículo 1550 del Código Civil.

En otras palabras, el riesgo de la fuerza mayor deberá ser asumido íntegramente por el mandante o propietario de la obra, objeto del contrato de construcción.

Ello tiene sentido si se piensa que se está en presencia de un hecho que constituye un imprevisto que no ha sido posible de resistir para el contratista y que, por tanto, configura una exención de responsabilidad, de las contenidas en nuestra legislación civil. Una conclusión en sentido contrario provocaría una lesión importante en el patrimonio del contratista.

Sin embargo, lo habitual en materia de contratos de construcción es que las partes regulen expresamente la fuerza mayor en sus cláusulas y estipulaciones.

En este sentido, mientras más desarrollado se encuentre el proyecto de ingeniería habrá teóricamente menos posibilidades de encontrarse con hechos imprevistos, pues el propietario habrá agotado sus posibilidades mediante un proyecto en extremo detallado y cuidadoso. Por su parte, en aquellos contratos del tipo EPC, en los que los riesgos de la ingeniería habrán sido traspasados casi en su integridad al contratista EPC, será muy difícil que este alegue un hecho imprevisto, pues justamente la naturaleza de ese tipo de contratos hace que ese riesgo corresponda a quien ha debido desarrollar el proyecto contratado.

Entre las alternativas de estas cláusulas se encuentran aquellas que buscan traspasar íntegramente el riesgo de la fuerza mayor al contratista, otras que nada dicen —frente a las cuales el contratista tendrá derecho a reclamar costo y plazo— y aquellas que establecen algunas modalidades intermedias, como las que contemplan un derecho de extensión de plazo a favor del contratista, pero sin derecho a pago de gastos generales, los que en dicho caso serían asumidos por el constructor.

Una solución más radical se produce en aquellos casos en los que el mandante solicita que el constructor cotice en su oferta los “imprevistos” y les asigne un precio determinado o un porcentaje del precio total del contrato. En esos casos podrá sostenerse que el contratista asumió íntegramente el riesgo de la fuerza mayor, incluso aunque no lo haya pactado expresamente en el contrato, por haber asumido íntegramente la partida de imprevistos en el itemizado del contrato.

¿Fuerza mayor v/s incumplimiento? Uno de los elementos o requisitos para que un evento

pueda ser calificado como fuerza mayor y que, por tanto, sea calificado como exención de responsabilidad de la parte que debía cumplir su obligación, es la ausencia de culpa o negligencia.

En efecto, no es admisible invocar fuerza mayor cuando quien lo hace ha contribuido a provocarla, por su negligencia. En ese caso, ya no estaremos en presencia de una fuerza mayor, sino que de un incumplimiento de las obligaciones del contrato.

Ello ocurrirá, por ejemplo, en aquellos casos en que en un contrato de construcción cuyo proyecto ha sido desarrollado por el propietario se descubre una interferencia subterránea no informada en los planos o antecedentes del proyecto y el contratista no advierte ni informa de ello inmediatamente al mandante, transcurriendo un largo plazo, todo lo cual retrasa la obra e impacta el programa de trabajo. En ese ejemplo, el propietario no será responsable del impacto en el plazo del programa durante el cual el contratista no le informó del hecho constitutivo de la fuerza mayor.

En otras palabras, una cosa es la fuerza mayor y otra sus efectos en costo y plazo, y si bien la regla general es que el propietario será responsable tanto de esta como de sus efectos, podría ocurrir que la negligencia del constructor lo haga responsable, en todo o en parte.

En los litigios de construcción este es un tema recurrente y también lo es la calificación de los hechos, entre fuerza mayor e incumplimiento.

Así, por ejemplo, en caso de que un proyecto entregado por el mandante al contratista — supuestamente completo— destinado a construir un edificio resulte en definitiva incompleto porque no previó la existencia de una tubería subterránea o porque no detectó las características reales del material rocoso al no haber realizado suficientes sondajes, podrá constituir un incumplimiento a la obligación del propietario de entregar un proyecto apto e idóneo para ser ejecutable sin contratiempos, más que un evento de fuerza mayor. Y como incumplimiento dará derecho al contratista a la indemnización de los perjuicios del caso.

Ese límite, a veces muy fino e incluso difuso, entre fuerza mayor e incumplimiento, es habitual fuente de controversias en los tribunales que conocen juicios de construcción y solo a ellos corresponde calificar si se está en presencia de fuerza mayor o de incumplimiento, o de ambos.

La discusión no es menor y tiene muchas implicancias, pues dependerá de cómo se ha

regulado la fuerza mayor y sus efectos en el respectivo contrato de construcción.

** Víctor Ríos Salas es socio de Molina Ríos Abogados y experto en Derecho de la Construcción.*

¹ Aunque en este último ejemplo podría tratarse más bien de una onerosidad sobreviniente, es decir, un hecho que haría más oneroso el cumplimiento de la obligación, lo cual no necesariamente será un caso de fuerza mayor, sino que podría dar lugar a la denominada Teoría de la Imprevisión.