

## **La fuerza mayor en la era del COVID-19**

Force majeure in the COVID-19 era

*Autor: William Jiménez Gil*

*DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.2052>*

## La fuerza mayor en la era del COVID-19\* ■

Force majeure in the COVID-19 era ■

Força maior na era do COVID-19 ■

**William Jiménez Gil<sup>a</sup>**

william.jimenez@wjgestudiojuridico.com

Fecha de recepción: 30 de enero de 2022

Fecha de revisión: 1 de febrero de 2022

Fecha de aceptación: 28 de febrero de 2022

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.2052>

**Para citar este artículo:**

Jiménez Gil, W. (2022). La fuerza mayor en la era del COVID-19. *Revista Misión Jurídica*, 15, (22), 205-227.

### RESUMEN

El presente artículo analiza la teoría de la fuerza mayor en el derecho colombiano, para contrastar dicha figura con otras semejantes, como la teoría de la imprevisión rebus *sic stantibus*, el hecho del príncipe y las cláusulas MAC, con el objetivo de establecer sus características, requisitos, diferencias y similitudes y, analizar su aplicación frente a la crisis originada debido al SARS COVID-19, determinando la incidencia de la pandemia en el incumplimiento contractual.

### PALABRAS CLAVE

Fuerza mayor; caso fortuito; teoría de la imprevisión; hecho del príncipe; cláusulas MAC; SARS COVID-19; incumplimiento contractual; equilibrio económico; revisión del contrato.

---

\* Artículo de investigación realizado para la Universidad Nacional de Colombia.

a. Abogado de la Universidad Santo Tomás de Aquino, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Derecho Puro de la Universidad Nacional de Colombia, Doctor en Derecho de la Universidad Santo Tomás de Aquino, docente universitario en las Maestrías de Derecho Comercial y Financiero, Contractual Público y Privado y de Derecho Público de la Universidad Santo Tomás, de la Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios de la Universidad Libre y en la Maestría en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, miembro del Colegio de Abogados Comercialistas. Actualmente se desempeña como Gerente de Litigios del Banco Davivienda.

## ABSTRACT

This article analyses the theory of force majeure in Colombian law, in order to contrast this figure with other similar ones such as the theory of unforeseeability *rebus sic stantibus*, the Acts of State and the Material Adverse Change (MAC) clauses with the aim of establishing its characteristics, requirements, differences, and similarities and to analyze its application to the crisis caused by SARS COVID-19, determining the incidence of the pandemic in the breach of contract.

## KEYWORDS

Force majeure; fortuitous event; theory of unforeseen; Acts of State; MAC clauses; SARS COVID-19; breach of contract; economic balance; review of the contract..

## RESUMO

Este artigo analisa a teoria da força maior no direito colombiano, para contrastar essa figura com outras semelhantes, como a teoria da imprevisibilidade *rebus sic stantibus*, o fato do príncipe e as cláusulas MAC, com o objetivo de estabelecer suas características, requisitos, diferenças e semelhanças e, analisar sua aplicação diante da crise provocada pelo SARS COVID-19, determinando a incidência da pandemia no descumprimento contratual.

## PALAVRAS CHAVE

Força maior; caso fortuito; teoria da imprevisibilidade; feito do príncipe; cláusulas MAC; SARS- COVID-19; violação contratual; equilíbrio econômico; revisão de contrato.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende responder a la siguiente pregunta: ¿La pandemia originada por el COVID-19 es un hecho generador de fuerza mayor que permite sustentar en derecho colombiano una causal válida para incumplir un contrato? Para dar respuesta se analiza la teoría de la fuerza mayor en el derecho colombiano, y se examina esta figura comparándola con otras instituciones parecidas como la teoría de la imprevisión *rebus sic stantibus*, el hecho del príncipe y las cláusulas MAC, con la finalidad de establecer sus características,

requisitos, diferencias y similitudes y analizar su aplicación frente a la crisis originada debido al SARS COVID-19, estableciendo la incidencia de la pandemia en el incumplimiento contractual; los tipos de contratos que serían susceptibles de ser afectados por la pandemia, determinado los efectos de la misma y las eventuales implicaciones para resolver los incumplimientos generados. Se aprovecha este ejercicio académico para revisar el tratamiento de la figura de la fuerza mayor o caso fortuito en otras legislaciones de Hispanoamérica.

Tanto la pregunta problema como la respuesta propuesta y el desarrollo de la investigación, resultan relevantes en los precisos momentos que se viven, pues pese a que aparentemente en la mayoría de los países del mundo se ha superado el cuarto pico de la pandemia ocasionada por el SARS COVID-19; los efectos económicos, sociales y políticos, pero especialmente los jurídicos apenas se hacen latentes y los conflictos jurídicos creados a partir de esta situación fáctica empiezan a ser discutidos por los jueces.

La declaración de pandemia determinó durante el primer año (2020), prácticamente la paralización de buena parte de las actividades económicas y sociales, que implicaban contacto personal y relaciones entre los seres humanos, las ordenes de confinamiento y distanciamiento impuestos por la mayoría de gobiernos, a nivel global, determinaron que actividades naturales en periodos de normalidad, se suspendieran dramáticamente de un momento a otro, así por ejemplo, el transporte público tanto terrestre como aéreo y marítimo, los servicios educativos presenciales, los servicios preventivos de salud y odontológicos, pero de manera principal, se afectó la actividad productiva y comercial, las fábricas y oficinas cerraron, los centros comerciales, de entretenimiento y culturales tuvieron que suspender sus actividades; en general, durante casi todo el primer semestre del 2020 la mayoría del mundo se tuvo que confinar en sus hogares, lo que implicó que negocios jurídicos atinentes a estas actividades se tuvieran que suspender o terminar.

Para finales del 2020 superado el primer pico de pandemia, conocidas las principales características del SARS COVID-19 y, ya, con las primeras vacunas aprobadas por la Organización Mundial de la Salud, el mundo empezó lentamente a reactivarse. Para el 2021 y con intervalos de

confinamiento y apertura y, avanzando en la vacunación de la población, poco a poco se ha ido superando la crisis generada; llegando al 2022 con la esperanza que la pandemia poco a poco se pueda superar. Pese a ello desde el punto de vista jurídico, miles de relaciones negociales se afectaron, muchos contratos de todo tipo fueron incumplidos y hoy lo que se prevé es que ante los jueces se generen disputas por estos incumplimientos, lo que justifica con creces un estudio como el que a continuación se afronta, que busca determinar si los eventos generados como efecto del SARS COVID-19 son constitutivos de fuerza mayor e implicarían eximente de responsabilidad frente a incumplimientos contractuales derivados de las ordenes de confinamiento y restricción a algunas actividades. Resulta importante determinar qué sectores de la economía han sido los más afectados por la crisis del COVID-19.

De acuerdo con el informe de Corficolombiana, los sectores con mayor vulnerabilidad son hoteles y restaurantes, comercio y entretenimiento, mientras que las actividades financieras, de servicios públicos y de administración pública tienen la menor vulnerabilidad.

Entre los sectores más vulnerables están también la construcción, la industria y el sector agropecuario e inmobiliario. Entre los de riesgo moderado están los sectores de transporte, actividades profesionales y el sector minero energético.

Por último, entre las actividades con menor riesgo estarían las comunicaciones, los servicios financieros y servicios públicos, ya que no sólo han mantenido dinámica su operación, sino que además son sectores con una alta estabilidad y formalidad (*Portafolio*, 2020).

## DESARROLLO DE LA DISCUSIÓN

Con la expedición del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el presidente de la república declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional por el término de treinta (30) días, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por la pandemia del nuevo coronavirus COVID-19, pandemia revelada el 30 de enero

de 2020 por la Organización Mundial de la Salud - OMS que identificó el nuevo coronavirus COVID-19, y lo declaró como emergencia de salud pública de importancia internacional.

La declaratoria de Estado de Emergencia Económica Social y Ecológica, pero fundamentalmente, la orden de confinamiento preventivo ha generado quizás la crisis económica más grave del presente siglo; crisis que ha redundado en un sistémico incumplimiento de los contratos celebrados entre sujetos afectados por el COVID-19. Ese incumplimiento, visto desde lo jurídico ha traído como herramientas conceptuales propicias para resolver los conflictos contractuales en derecho privado, la posibilidad de recurrir a principios generales del derecho como la Fuerza Mayor, la Teoría de la Imprevisión, el Hecho del Príncipe, o recurrir a pactos o acuerdos válidamente celebrados por los contratantes, que fijan condiciones frente a la ocurrencia de riesgos como los generados por el COVID-19, así por ejemplo las cláusulas MAC, acrónimo de *Material Adverse Change*, que significa cambio substancial adverso o negativo (en ocasiones se encuentra como *Material Adverse Effect*, MAE con el mismo sentido).

Tanto la fuerza mayor como la teoría de la imprevisión han sido utilizadas en periodos de crisis o de graves conflictos sociales, políticos o económicos como un mecanismo para morigerar y limitar el rigorismo del derecho positivo y fundamentalmente de la cláusula *Pacta Sunt Servanda*, regulada en el artículo 1602 del Código Civil y que encuentra su correlativo en el Artículo 871 del Código de Comercio, normas que determinan la obligatoriedad de los contratos, no solo lo pactado en ellos, sino igualmente a todo lo que corresponda a su naturaleza, según la ley, la costumbre o la equidad. Precisamente, con miras a lograr la equidad y esencialmente encontrar vías de justicia que evitaren el hecho contundente de aplicar un derecho legal, pero no materialmente justo, es que se plantea como excepción a la regla general de obligatoriedad de los contratos el que extraordinariamente se admitan situaciones de incumplimiento por parte del deudor.

La cláusula *Rebus Sic Stantibus*, es propuesta como un remedio en circunstancias extraordinarias, según la cual se supone que las partes han entendido mantener el contrato si las circunstancias en que se celebró no cambian.

La Fuerza Mayor consiste en hechos extraordinarios, imprevisibles e insuperables que, producidos con posterioridad a la celebración del contrato, impiden la ejecución del negocio jurídico pactado. Se constituyen en un obstáculo insuperable para dar cabal cumplimiento a las prestaciones derivadas del negocio jurídico. Implica una imposibilidad absoluta de cumplir con las prestaciones u obligaciones del contrato. La fuerza mayor y el caso fortuito constituyen causales de exoneración de responsabilidad aplicables a toda clase de obligaciones, deriven éstas de contratos de tracto sucesivo o, tengan su causa en contratos de ejecución instantánea. Se predicen sobre la base de circunstancias externas, ajenas al demandado, que le impiden de manera absoluta cumplir el contrato o la prestación de que se trate. Por regla general su ocurrencia determina que el demandado no se haga responsable del daño general.

### LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Se plantea como una imposibilidad relativa de ejecutar el contrato. Las prestaciones derivadas del negocio y a cargo del deudor se pueden cumplir, pero implican para el deudor un desmedro patrimonial considerable. Aplican solo para contratos de tracto sucesivo. Para usarse requiere que se trate de un contrato de ejecución sucesiva, de ejecución continuada o a término, que con posterioridad a la celebración del contrato se produzca un acontecimiento imprevisto, extraordinario o imprevisible, que modifique gravemente las condiciones del negocio y, que el acontecimiento imprevisto produzca un notable desequilibrio entre las prestaciones de las partes. Se excluye la posibilidad que se revisen contratos de ejecución instantánea, así como los contratos aleatorios, e incluso aquellos contratos que, no siendo aleatorios, como los conmutativos, son de riesgo compartido. Por ejemplo, los *joint ventures* y las alianzas estratégicas, en donde los partícipes en el negocio asumen recíprocamente los riesgos del contrato. Igual exclusión cabría para contratos reales, que se perfeccionan con la entrega del objeto, como es el caso del mutuo mercantil, pero la jurisprudencia colombiana ha señalado que incluso en este tipo de contratos cabe la posibilidad de aplicar la revisión del contrato, si se han pactado prestaciones de futuro cumplimiento que están pendientes de realizarse y se produce un desequilibrio económico del contrato. Implican el que, previa demanda judicial, un juez entre a

revisar el contrato y mediante sentencia ajuste el equilibrio económico del contrato alterado por el hecho extraordinario, imprevisto e imprevisible.

### EL HECHO DEL PRÍNCIPE

En materia de contratos administrativos encontramos figuras similares a las atrás enunciadas, el principio de la ecuación contractual establecido en el Artículo 27 de la Ley 80 de 1993, el cual persigue mantener la igualdad o equivalencia de derechos y obligaciones entre las partes contratantes, habida cuenta que debe existir una equivalencia recíproca entre las prestaciones. Según el Artículo 20 del Decreto 222 de 1983 y el Artículo 14 de la ley 80 de 1993, la administración puede modificar unilateralmente el contrato. En tales eventos, debe compensar al contratista de los mayores costos que ello le pueda aparejar. Cuando se rompe el equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, a pesar de que deba asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio. El fundamento jurídico del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato se encuentra en el papel que, mediante la contratación administrativa cumple el contratista, quien se constituye en un colaborador activo de la administración para el logro de los fines estatales.

En desarrollo de los principios mencionados, ha hecho carrera en derecho administrativo la llamada teoría del “Hecho del príncipe” que impone a la administración la responsabilidad de asumir cargas derivadas por hechos y actuaciones que hagan más oneroso el desarrollo del contrato en la ejecución de las prestaciones contractuales, de tal manera que la administración tiene el deber de reparar de manera integral el daño que se le pueda llegar a ocasionar al contratista, cuando se verifique que han ocurrido las causales generadoras del “Hecho del príncipe”. El “Hecho del príncipe” aparece como una medida administrativa, no prevista al momento de la celebración del contrato, que le permite al contratista estatal solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del convenio en el momento en que sea afectada la ecuación financiera prevista. Se presenta un ‘Hecho del príncipe’ cuando el Estado expide una medida de carácter general y abstracto que era imprevisible al momento de la celebración del contrato y que incide en forma directa o indirecta en el mismo, alterando en forma extraordinaria o anormal la ecuación

financiera surgida al momento de celebrar el contrato, precisando sin embargo, que solo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante (Consejo de Estado, 2003).

### LAS CLÁUSULAS MAC

Finalmente, en materia de contratación internacional, se tiene una figura excepcional, denominada MAC que es el acrónimo de *Material Adverse Change* y significa cambio substancial adverso o negativo. En ocasiones se encuentra como *Material Adverse Effect* (MAE), con el mismo sentido. Esta es una de las cláusulas frecuentes en contratos de fusiones o compraventas de empresas (*M&A Agreements*) y en los contratos de financiación sindicada (*syndicated financing*). También puede encontrarse en contratos de inversión suscritos entre un fondo de capital de riesgo y la empresa en la que el fondo desea invertir. El objeto de esta cláusula es que las partes puedan gestionar el riesgo inherente a una operación de adquisición o de inversión donde hay mucho dinero en juego. Durante ese período de tiempo pueden darse circunstancias con un efecto sustancial negativo (*Material-Adverse-Event* o *MAE*) que afecten a la operación y hagan que alguna de las partes pueda no estar interesada en continuar con la inversión.

Las cláusulas MAC se pactan normalmente en beneficio del comprador o del inversor, de forma que, si se produce dicho supuesto sustancial negativo, este podrá desistir de la operación sin sufrir penalización o con una penalización más reducida. Se supone que sí, entre la firma y el cierre, las circunstancias del entorno o del mercado han cambiado, de una forma muy importante, que afecta negativamente al comprador, este tiene el derecho de abandonar. La resolución del contrato y el consiguiente abandono de la transacción no es, sin embargo, lo más habitual. En tales casos, las partes suelen negociar un cambio de las condiciones del contrato que permita ajustar sus derechos y obligaciones a la nueva situación.

### -LA FUERZA MAYOR

Es un principio general del derecho que es reconocido desde el derecho romano. “Indudablemente, ya en derecho romano, el término *vis major* subrayaba más especialmente

el carácter de irresistibilidad; y la expresión *casus fortuitus*, el carácter de imprevisibilidad” (Mazeud & Tunc, Henry y Léon, 1963). Ulpiano definía la fuerza mayor como toda fuerza que no puede resistirse (*Omnem vin cui resisti non postest*), en tanto que el caso fortuito era entendido como el caso que ningún criterio humano puede prever (*casus quos nullum humanum consilium providere potest*).

Desde el derecho romano hasta hoy, el concepto de Fuerza Mayor ha partido de considerar que el vínculo de causalidad falta no solo cuando resulta posible relacionar el daño respecto de una persona que es diferente del demandado, sino que, también opera cuando el perjuicio no se debe al hecho de nadie. La causa del daño o perjuicio por ende es “ajena” al demandado, no le es imputable, y la consecuencia que se sigue es que la víctima no puede pedirle reparación o indemnización a nadie. Como señalaba el derecho romano, el acto no predicable del demandado, es el de la *vis major*. Esto indica que la fuerza mayor mirada desde la óptica de la causa del daño implica que, la misma es extraña no sólo al demandado sino a cualquier persona que se pretenda imputar (Pérez, 1957).

El problema de la fuerza mayor consiste, pues, en concretar en qué casos el acto dañoso del demandado se ha cumplido al margen de este último; en qué casos cabe decir que su propio hecho le es ajeno, por haber estado obligado a obrar como lo ha hecho por un acontecimiento del que nadie puede responder (Mazeud & Tunc, Henry y Léon, 1963, p. 150).

En este sentido, cuando un daño es causado por una persona que obra en circunstancias de fuerza mayor, la causa verdadera de perjuicio es ésta y no la conducta del imputado o demandado, por ello éste no está llamado a reparar el daño causado, no incurre en mora y, por tanto, no cabe imputársele un incumplimiento con los efectos que el mismo apareja.

Pese a lo dicho, la doctrina más reconocida, especialmente los antiformalistas franceses, con Jossierand a la cabeza, han considerado que la regla general de inimputabilidad del daño en los eventos de fuerza mayor, debe morigerarse aplicando la teoría del riesgo, así por ejemplo, en los casos de accidentes de trabajo, pero igualmente, cuando se hace una distinción estricta entre los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito, distinción que ni

el legislador ni la jurisprudencia han reconocido de manera puntual (Pérez, 1957). En este orden de ideas, no siempre la fuerza mayor será una eximente de responsabilidad en todos los casos. Se ha de distinguir de manera clara y precisa, en qué eventos el daño es ajeno al demandado, esto cuando obra por causa de un evento extraño que no podía evitar; contrastando cuándo ese acontecimiento configurativo de fuerza mayor, pese a él, genera para el demandado la responsabilidad del perjuicio.

### TRATAMIENTO LEGAL DE LA FIGURA

El legislador francés estableció la figura de la fuerza mayor en los artículos 1147 y 1148 del Código Civil, con alcances diferenciales:

#### Artículo 1147

El deudor será condenado, si hubiera lugar, al pago de daños y perjuicios, bien en razón del incumplimiento de la obligación, o bien en razón del retraso en el cumplimiento, **siempre que no justifique que el incumplimiento proviniera de una causa extraña a él y que no le pueda ser imputada**, sin que hubiera habido mala fe por su parte (negrillas fuera de texto).

#### Artículo 1148

No habrá lugar al pago de daños y perjuicios cuando, por causa de fuerza mayor o caso fortuito, el deudor se hubiera encontrado impedido para dar o hacer aquello a que viniera obligado, o hubiera hecho aquello que le estaba prohibido.

El Artículo 1147 expresa que el deudor no puede ser condenado al pago de daños y perjuicios si el incumplimiento emana de una **causa extraña**, esta causa puede provenir del hecho del acreedor o puede originarse en un hecho externo, es decir en una fuerza mayor o caso fortuito (Ripert, 1964).

La pauta señalada, en materia contractual, por el artículo 1147 del Código Civil, que declara responsable al deudor. “cuantas veces no justifique que el incumplimiento proviene de una causa ajena que no puede serle imputada”; el artículo 1148 especifica que sucede así cuando ha existido fuerza mayor o caso fortuito” (Jean, 1969). El deudor tiene la carga de la prueba de la pérdida fortuita de la cosa o por cualquier

otra causa que hace imposible el cumplimiento, a efecto de poder liberarse de la obligación (Ripert, 1964); hay una presunción de culpa que el deudor debe desvirtuar, probando que el cumplimiento de la obligación era imposible, o que la obligación se ha extinguido por la pérdida de la cosa debida, o porque la prestación se hace imposible debido a una causa externa.

El Código Civil Colombiano contempla la figura de la fuerza mayor, de manera general en el artículo 1º. de la Ley 95 de 1890 que subrogó el artículo 64 del Código Civil, cuyo texto enuncia: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

Se destaca de esta descripción general que hace el legislador civil colombiano, que dos aspectos se hacen indispensables para que un hecho se entienda como fuerza mayor, la *imprevisibilidad* y la *irresistibilidad* del fenómeno. Sin embargo, la doctrina moderna considera que hay un tercer elemento que debe tomarse en cuenta como fundamental para reconocer la aplicación de la figura, denominado la *exterioridad*, que indica que solo aquellos hechos que sean extraños al círculo de control del deudor configuran fuerza mayor (Solarte y Varón, 2020), es decir, el deudor no será culpable si logra demostrar que los eventos generadores de su incumplimiento le son extraños y no había manera de oponerse a dichos eventos, pues estos lo superaron.

El legislador colombiano señala algunos ejemplos de situaciones imprevistas e irresistibles que pueden originarse en fenómenos de la naturaleza o hechos del hombre, pero que se caracterizan por ser ajenos a la voluntad del demandado a responder, razón por la cual esa responsabilidad no le debe ser imputada.

De manera especial los artículos 1604, 1607, 1616, 1729, 1731, 1732, 1733 y 1735 del Código Civil Colombiano hacen referencia a la figura aplicada a la responsabilidad contractual:

El artículo 1604, inciso segundo, señala que el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado

a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

El artículo 1607, determina que en los cuerpos ciertos el riesgo de la entrega de la cosa está a cargo del acreedor, salvo el caso de mora del deudor o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas. En cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega, salvo que este alegue no haberla entregado debido a fuerza mayor.

El artículo 1616, inciso segundo, señala que la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios a cargo del deudor. Este efecto es de los más importantes fijados por nuestra codificación, pues en la medida en que se reconoce que el incumplimiento es ajeno a la voluntad del deudor, sería absurdo imputarle una responsabilidad por los daños y perjuicios generados con ese incumplimiento, de ahí que se lo exonere de responder.

El artículo 1729, regula los eventos de pérdida de la cosa que se debe, cuando se trata de cuerpo cierto y este perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, casos en los que la obligación se extingue; pero el artículo 1731 indica que si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación subsiste, sin embargo, si el deudor está en mora, y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito, que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo, en poder del acreedor, sólo se deberá la indemnización de los perjuicios por mora. Pero si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa, y los perjuicios de la mora.

El artículo 1732, regula la responsabilidad por caso fortuito, indicando que, si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se atenderán a lo pactado en el contrato.

El artículo 1733, obliga al deudor a probar el caso fortuito que alega. Si estando en mora pretende que el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor, será también obligado a probarlo.

Finalmente, el artículo 1735, señala que en los eventos de hurto de la cosa hurtada o robada que es un cuerpo cierto, no puede alegar que la cosa ha perecido por caso fortuito, incluso de aquellos que produzcan la destrucción o pérdida del cuerpo cierto en poder del acreedor.

Todas estas reglas son aplicables a los eventos de negocios jurídicos mercantiles, por aplicación de las reglas del artículo 2º del Código de Comercio que señala que en las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la ley comercial, se aplicarán las disposiciones de la ley civil; y especialmente lo señalado en el artículo 822 del Código de Comercio que remite los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación y modo de extinguirse, anularse o rescindirse cuando la ley comercial no tenga norma especial, toda vez que el Código de Comercio no definió de manera puntual los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito.

### ¿SON SINÓNIMOS LAS EXPRESIONES FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO?

Tanto el legislador francés como el colombiano establecieron que las nociones de fuerza mayor y caso fortuito son análogas, posición que ha sido respaldada por reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil y de Familia. Así, por ejemplo, en sentencia de noviembre 13 de 1962, que ha sido reiterada en fallos de mayo 31 de 1965, febrero 27 de 1974 y, noviembre 20 de 1989, la Corte ha utilizado la expresión “fuerza mayor o caso fortuito” dando a entender que significan lo mismo, y precisando que los hechos configurativos deben ser concurrentes con *la imprevisibilidad y la irresistibilidad* de la conducta:

Según el verdadero sentido o inteligencia del artículo 1º de la ley 95 de 1890, los elementos integrantes del caso fortuito o fuerza mayor (...), deben ser concurrentes (imprevisibilidad e irresistibilidad) lo cual se traduce en que si el hecho o suceso ciertamente es imprevisible pero se le puede resistir, no se da tal fenómeno, como tampoco se configura a pesar de ser irresistible pudo preverse. De suerte que la ausencia de uno de sus elementos elimina la estructuración de la fuerza mayor o caso fortuito...



Si sólo puede calificarse como caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible, no resulta propio elaborar un listado de los acontecimientos que constituyen tal fenómeno, ni de los que no lo constituyen. Por tal virtud, ha sostenido la doctrina nacional y foránea que un acontecimiento determinado no puede calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodean el hecho (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, 1989. Subrayado fuera de texto).

En cuanto al alcance de los elementos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, la jurisprudencia ha señalado:

La doctrina y la jurisprudencia enseñan que los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual son: **la inimputabilidad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad.** El primero consiste en que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. El segundo se tiene cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible de preverlo. Y la irresistibilidad radica en que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara. (...) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de noviembre 13 de 1962. Estos criterios fueron reiterados mediante sentencia de la misma Sala de la Corte, en sentencia de mayo 31 de 1965.". (Subrayado y negrilla fuera de texto). "...[la] imprevisibilidad del caso fortuito es cuestión de hecho que el juzgador debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto la normalidad o la frecuencia del acontecimiento, o por el contrario, su rareza y perpetuidad; si tal acontecimiento es frecuente, y más aún, si suele presentarse con cierta periodicidad, no constituye un caso fortuito porque el obligado razonablemente ha debido preverlo y medir

su propia habilidad para conjurarlo, o bien abstenerse de contraer el riesgo de no creer que podría evitarlo; por el contrario, si se trata de un evento de rara ocurrencia, que se ha presentado en forma súbita y sorpresiva, hay caso fortuito, porque nadie está obligado a prever lo que es excepcional y esporádico. Pero, además, el hecho de que se trata debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor empleada como sinónimo de aquélla en la definición legal, relleva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto de que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. Tampoco hay fuerza mayor o caso fortuito cuando el obstáculo, sin impedir el cumplimiento de la obligación, lo hace más difícil u oneroso que lo previsto inicialmente (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1974. Subrayado y negrilla fuera de texto).

Como lo señala (Planiol, 1946) la expresión "fuerza mayor" indica el carácter invencible del obstáculo; la expresión "caso fortuito" hace referencia al aspecto imprevisible; la expresión "causa extraña" implica el carácter externo en relación con el deudor.

La doctrina francesa, sin embargo, ha considerado que se justifica la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito, así por ejemplo (Mazeud & Tunc, Henry y Léon, 1963) indican que "Se ha propuesto ver en el caso fortuito "un acontecimiento natural que ocasiona un daño..." (por ejemplo, una inundación, un terremoto); mientras que la fuerza mayor sería "un acontecimiento no natural, sino proveniente de la voluntad de una persona distinta de aquella sobre la cual quiere la víctima que pese la responsabilidad del daño [...]" (por ejemplo, orden o prohibición de la ley o de una autoridad legalmente constituida y que obre de manera regular)" (p. 321).

Josserad (1930), aplicando la teoría de los riesgos, ve en la "exterioridad" el carácter distintivo de la fuerza mayor; se trata de una fuerza que desde fuera del círculo de las partes, en una relación jurídico comercial, interrumpe las obligaciones derivadas del negocio, así por ejemplo una tempestad, una inundación, etc. El

caso fortuito en cambio es un “acontecimiento anónimo que se produce en el interior de la empresa” por ejemplo un incendio, la explosión de una caldera, etc. “Se ha contestado que por hecho externo hay que entender no el que proviene de un punto situado fuera del alcance de la empresa, sino el que no se relaciona con ésta, el que no tiene conexión con ella” (Planiol, 1946, p. 546). Adoptar la teoría propuesta por Josserand llevaría a hacer responsable al deudor por todos los acontecimientos fortuitos que impidan el cumplimiento, ya que todos constituyen *riesgos de la empresa*, pues estos no ocurrirían si la empresa no hubiera funcionado.

Pérez (1957), clasifica en cinco grupos los expositores que distinguen el caso fortuito de la *fuerza mayor* (p. 319):

1. Acontecimientos naturales equivalen a *fuerza mayor* y los acontecimientos imputables a una persona son *caso fortuito*.

Cuando el acontecimiento tiene que ver con una inundación o un terremoto, una pandemia como el COVID-19, una explosión volcánica, una sequía o una ola invernal extremas, un tsunami, un huracán o un ciclón, un incendio forestal, incluso fenómenos espaciales como un meteorito, una tormenta solar, un cambio de polaridad de la tierra; igualmente se pueden mencionar las plagas inesperadas como la langosta, los pulgones, la mosca blanca o la mosca de la fruta, la rolla, la broca, babosas o caracoles endémicos, etc. A todos estos eventos se los agrupa en un género denominado caso fortuito.

Si se trata de acontecimientos imputables a una persona o grupos de personas, como por ejemplo una invasión, una guerra, el pillaje, una matanza, el desplazamiento forzado, incluso una prohibición de la ley o de autoridad (*acto del príncipe*), actos terroristas, un incendio provocado, una explosión nuclear, la utilización indebida de sustancias químicas o físicas que alteren el medio ambiente y la salud pública, etc.; todos estos hechos configuran *fuerza mayor*, pues tienen como elemento común la realización imputable al ser humano.

2. Distinción cuantitativa entre *fuerza mayor* y *caso fortuito*.

La fuerza mayor hace referencia a los acontecimientos más importantes, mientras que el caso fortuito agruparía a los acontecimientos menos importantes. Se critica esta clasificación por subjetiva y poco práctica, pues no señala de manera precisa cuáles serían los parámetros y criterios para de una manera objetiva y precisa clasificar un evento como importante o menos importante, y no se ve la utilidad jurídica y la práctica de hacer esta distinción.

3. La expresión *fuerza mayor* como indicativa de *fuerza irresistible* y la expresión *caso fortuito* como indicativa del *carácter imprevisible*.

Esta clasificación distingue los conceptos de hecho irresistible y hecho *imprevisible*, que efectivamente tienen características y connotaciones propias.

Un evento *imprevisible* que de acuerdo con esta teoría se asimila a *caso fortuito*, según Ospina (1998), es

un acontecimiento extraño, súbito e inesperado. Por tanto, si el hecho ya existía al tiempo del contrato y era conocido o cognoscible por un deudor diligente, o si este razonablemente hubiera podido preverlo, por ser acontecimiento normal o, a lo menos, de frecuente acaecer, la ocurrencia de ese hecho no constituye caso fortuito ni libera de responsabilidad, bien sea porque el deudor, habiendo podido preverlo, ha incurrido en culpa al no tratar de conjurarlo; o bien porque ha procedido temerariamente al obligarse en tales condiciones (p. 107).

Un evento *irresistible* que es sinónimo de fuerza mayor; según Ospina (1998) es un acontecimiento que se caracteriza por ser “fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto de que el deudor no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias” (p. 109).

En la medida en que el legislador civil estableció que para que un evento sea considerado como fuerza mayor o caso fortuito, debe llenar las características de ser al mismo tiempo irresistible e imprevisible, la distinción planteada se vuelve circular, pues llevaría a la conclusión que los conceptos fuerza mayor y caso fortuito son equivalentes, pues en uno u otro caso, cualquiera de estos eventos requiere que

los hechos configurativos sean al mismo tiempo irresistibles e imprevisibles, por lo que separar estos conceptos no tiene sentido ni practicidad, en la medida en que un hecho que sea irresistible, pero no sea previsible o viceversa, no podría configurar ni fuerza mayor ni caso fortuito.

4. El caso fortuito implica una “relativa” imposibilidad de cumplimiento, la *fuerza mayor* implica una “absoluta” imposibilidad de cumplimiento.

Esta tesis, expuesta por Colin & Capitant (1924, p. 24) afirma que los eventos de *imposibilidad absoluta de cumplimiento* equivalen a los eventos de fuerza mayor, eventos irresistibles para todos, incluso para el hombre más fuerte e inteligente, así por ejemplo una tempestad, un rayo, un terremoto, la guerra, el hecho del príncipe. En ese mismo orden, al estar frente a *imposibilidades relativas* el acontecimiento será considerado como caso fortuito, en la medida en que el *bonus pater familias*, habría podido triunfar con una voluntad mejor armada, mejor equipada (Mazeud & Tunc, Henry y Léon, 1963, p. 156), por ejemplo, los riesgos implícitos en una actividad profesional, como el caso de los accidentes de tránsito, los eventos de fraudes electrónicos o los riesgos propios de la empresa.

5. La *fuerza mayor* es una conducta externa no imputable al deudor; el *caso fortuito* es inherente a la actividad peligrosa.

Como se indicó atrás, esta tesis es propuesta por Josserad (1930), quien construye la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito, considerando la *exterioridad* que tiene la primera, en relación con el autor del hecho dañoso (Pérez, 1957). La responsabilidad del supuesto autor del daño se quita o en determinados casos, se atenúa cuando el daño es originado en un hecho extraño al demandado, en estos eventos se está frente a una fuerza mayor. Se trata de una causa externa al responsable, como lo señala Pérez (1957) se trata de “la fuerza que hace irrupción desde fuera” (p. 320). Se cita como ejemplos la tempestad, la inundación, una tromba de agua, el estado de guerra, la invasión, el pillaje, la revolución, la rebelión, el hecho del príncipe y también la orden de autoridad legítima. Para los efectos del presente estudio compete la pandemia del COVID-19 estaría incluido dentro de estos eventos.

Hay en cambio otros casos que se producen al interior de la **empresa**, le son imputables al demandado pese a que él no los cometió de manera directa, porque su incuria, descuido o negligencia los propiciaron, hay por ende una actividad peligrosa que está dentro del círculo de responsabilidad o control que le incumbe al demandado, de manera tal que la ocurrencia del hecho no tiene carácter exonerativo y el demandado deberá responder, son estos los eventos de caso fortuito. Ospina (1998, p. 323) cita como ejemplos la ruptura de una biela, el estallido de un neumático, la avería de material, hechos todos generados por la actividad peligrosa o imputable al círculo obligatorio, cuyo acaecimiento debe soportar quien ejercita aquélla. En este orden, el imprevisto a que es posible resistir, que implica aquellas ocurrencias que son propias de la actividad que produjo el daño no sería una eximente de responsabilidad.

Cuando se está frente a actividades peligrosas, es decir aquellas en que el actor asume un riesgo implícito, como por ejemplo en la conducción de vehículos automotores, el uso de armas de fuego, la actividad financiera, etc., el actor “asume el riesgo de los casos fortuitos, las ocurrencias anónimas, de origen interno, imputables a la explotación peligrosa, porque dichas ocurrencias son precisamente una de las consecuencias de la peligrosidad” (Ospina, 1998, p. 110). En todos estos casos el hecho generador no podría ser calificado como exterior al deudor, por ende, no lo exime de responsabilidad.

Como ha quedado visto a pesar que ni el estatuto civil ni la jurisprudencia de la Corte Suprema efectúan distinción conceptual entre fuerza mayor y caso fortuito, estas expresiones encarnan un requisito distinto, teniendo los dos que concurrir para que un evento alcance la condición de eximente de responsabilidad y surta los efectos previstos en la norma.

### **La expresión fuerza mayor hace referencia a la irresistibilidad del evento**

“Un acontecimiento extraño, súbito e inesperado. [...] que el juez debe apreciar concretamente en cada situación tomando como criterio para el efecto la normalidad o la frecuencia del acontecimiento o por el contrario su rareza y repentinidad [...]” (Ospina, 1998, p. 107)

La fuerza mayor por ende es causal eximente porque “[...] nadie está obligado a prever lo que es excepcional y esporádico” (Ospina, 1998, p. 109). De manera inversa “Debe 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” (p. 107). En este sentido la jurisprudencia ha señalado que “el hecho imprevisible es aquel “que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia” (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, 1989).

Así como la expresión “caso fortuito” traduce la necesaria imprevisibilidad de su ocurrencia, la de “fuerza mayor” [...] relleva esa otra característica que ha de ofrecer tal hecho: el ser **fatal, irresistible, incontrastable**, hasta el punto de que el deudor no pueda evitar su acontecimiento ni superar sus consecuencias [...] (Ospina, 1998, p. 109).

Se trata pues de una fuerza insuperable “que debe hacer imposible el cumplimiento de la obligación objetivamente considerada y no relativamente a las condiciones particulares del deudor” (p. 110). De otra parte,

La imposibilidad de ser permanente y no meramente transitoria: si el obstáculo sólo reviste esta última característica, libera al deudor de la correspondiente indemnización moratoria, pero no de ejecutar la prestación debida una vez que haya desaparecido el obstáculo para hacerlo (Ospina, 1998, p. 110).

#### **NECESIDAD DE DISTINGUIR ENTRE LAS OBLIGACIONES DE GÉNERO Y LAS DE CUERPO CIERTO**

En lo que hace relación a las obligaciones en las que se debe “un individuo de una clase o género determinado” (Artículo 1565 del *Código Civil*) es claro que la pérdida, aún por caso fortuito o fuerza mayor [...] no extingue la obligación, así lo señala el Artículo 1567 del *Código Civil* y por ende no constituye causal de exoneración frente al incumplimiento. Al contrario, cuando la obligación es de cuerpo cierto, la desaparición del bien por fuerza mayor o caso fortuito libera al deudor, extingue por ende la obligación y constituye eximente de responsabilidad. Por su parte, en las obligaciones de cuerpo cierto, la destrucción

de la cosa por eventos de fuerza mayor o caso fortuito sí extingue la obligación, de conformidad con el Artículo 1627 del Código Civil, pues el acreedor no puede exigir ni el deudor pagar cosa distinta de la constitutiva de la prestación. En suma, la distinción entre obligaciones de género y las de cuerpo cierto resulta relevante, pues al tratarse de una o de otra varía la consecuencia del advenimiento de un hecho imprevisible e irresistible.

Tanto en las obligaciones de género, como en las de cuerpo cierto, cuando los acontecimientos de fuerza mayor o caso fortuito son simplemente temporales transitorios, y origina la ejecución tardía de la obligación, configuran eximentes de responsabilidad por los perjuicios derivados de la mora.

En particular, cuando se trata de obligaciones de género, y más concretamente de obligaciones dinerarias, la fuerza mayor o caso fortuito nunca exonera al deudor del cumplimiento de la obligación. Sin embargo, tal como lo señala el segundo inciso del Artículo 1616 del Código Civil “[...]a mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios”. Se trata por ende de una situación meramente transitoria: si el obstáculo solo reviste esta última característica, libera al deudor de la correspondiente indemnización moratoria, pero no de ejecutar la prestación debida una vez que haya desaparecido el obstáculo para hacerlo (Ospina, 1998).

Al respecto Hinestrosa (2019), señala:

La pérdida de los géneros, en cambio, no libera al deudor, se aplica en toda su extensión la regla genera non perunt, y el deudor simplemente puede alegar el caso fortuito o, más ampliamente, el elemento extraño para justificar su tardanza y exonerarse de la indemnización moratoria (art. 1616 [2] c.c.), pero quedando obligado a la prestación, exigible en cuanto cesen los efectos del obstáculo (p. 21).

En este sentido la imposibilidad sobreviniente como modo de extinción de las obligaciones, implica dejar de lado la imposibilidad transitoria, pues cuando el deudor no puede ejecutar la prestación o no la puede ejecutar en su totalidad o adecuadamente, por un acontecimiento cuyas

consecuencias no tenga por qué asumir, en razón de la ley (Artículo 1604 del *Código Civil*) o del contrato (Artículo 1604 y 1732 del *Código Civil*) no es responsable, mientras dicha imposibilidad u obstáculo permanezca, como lo señala el artículo 1256 del Código Civil francés (norma que en cierta medida corresponde al Artículo 1616 del *Código Civil* colombiano: Es claro que la mora derivada de fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios (Hinestrosa, 2015).

### **LA FUERZA MAYOR Y EL CASO FORTUITO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia precisa de manera puntual los requerimientos y límites que estructuran los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito. En este sentido, ha fijado rigurosos requisitos para que se admita la exoneración por fuerza mayor y caso fortuito, indicando que los ejemplos descritos en el Artículo 64 del *Código Civil*, son apenas enunciativos y no constituyen causal exonerativa, por lo que resulta indispensable el análisis casuístico que está a cargo de los jueces, de ahí la importancia de revisar la jurisprudencia emitida sobre el tema. A continuación, se reseñan algunas sentencias icónicas que configuran la línea jurisprudencial relevante:

Sentencia del 5 de julio de 1935 Magistrado Ponente Eduardo Zuleta Ángel respecto de los requisitos de la fuerza mayor o caso fortuito.

[...] cuando de tal fenómeno jurídico se trata, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho sino indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación inejecutada, los siguientes caracteres:

- a) No ser imputable al deudor;
- b) No haber concurrido con una culpa de éste, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al cumplimiento contractual;
- c) Ser irresistible, en el sentido que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor - dominado por el acontecimiento- en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa) de ejecutar la obligación;
- d) Haber sido imprevisible, es decir que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás

haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimiento, una posibilidad vaga de realización.

Esos cuatro caracteres de la fuerza mayor liberatoria (o caso fortuito liberatorio, pues ya tiene establecida la doctrina, que las dos expresiones son sinónimas), pueden reducirse, bien analizadas las cosas, a la noción de imposibilidad de ejecución que se subdivide en varios elementos: en el espacio, imposibilidad de ejecución propiamente dicha, y, en el tiempo, imposibilidad de prever y evitar el acontecimiento (Domegue 1, Tomo VI, Número 536). En efecto: la no imputabilidad (en sus dos manifestaciones: ausencia de culpa anterior y ausencia de culpa concomitante), constituye un requisito que en realidad queda absorbido por el de la irresistibilidad, que es la imposibilidad para el deudor de obrar de un modo distinto a como ha obrado, y, por su parte, la imprevisibilidad queda comprendida en la imposibilidad absoluta de ejecutar, que implica imposibilidad de prever y de evitar.

Sentencia de 31 de agosto de 1942 reiterada entre otras en casación civil de 20 de noviembre de 1989.

[...]el naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, propuestos por el artículo citado (1º de la ley 95 de 1890) como ejemplos de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento causas de irresponsabilidad contractual. Eso depende de las circunstancias y del cuidado que haya puesto el deudor para prevenirlos”, porque, explica, “Si el deudor a sabiendas se embarca en una nave averiada, que zozobra; si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieren evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumple un acontecimiento por naturaleza extraño o dominador, no configuraría un caso fortuito.

Sentencia el 4 de Julio de 2002, la Corte ha estimado que circunstancias como la huelga, que en principio serían consideradas imprevisibles e irresistibles, de cara a la situación particular llevada a su consideración, no tienen tal calidad.

A la luz del anterior marco teórico, es indudable que el Tribunal incurrió en el yerro de facto que se le achaca, al considerar que la huelga realizada por los trabajadores de la empresa demandada constituía un hecho de fuerza mayor justificativo del incumplimiento del término pactado para la reparación de la citada motonave, pues al romper se advierte que tal apreciación acusa contra evidencia, porque el acta del 17 de junio de 1991, en la que aparece consignada la época precisa en que se realizó la etapa de arreglo directo entre los mencionados (fol. 58, C.1), muestra sin lugar a dudas, que era perfectamente previsible que una cesación de labores por parte de estos últimos podía presentarse en un futuro muy próximo, como quiera que de acuerdo a la legislación laboral, una vez concluida la etapa en mención “sin que las partes hubieren logrado un acuerdo total sobre el diferendo laboral”, quedan autorizados los trabajadores a optar por la declaratoria de huelga.

Sentencia de 6 de septiembre de 2018 M. P. Álvaro Fernando García Restrepo, la Corte rechazó la privación de la libertad como causal de fuerza mayor, al evaluar un recurso de revisión.

Ha de tratarse de fenómenos externos el sujeto cuyo comportamiento se analiza que reúnan las características que de antaño estereotipa la figura, esto es, la imprevisibilidad (hechos súbitos, sorprendidos, insospechados etc.) y la irresistibilidad (que los efectos del hecho no pueden ser exitosamente enfrentados o conjurados por una persona común), lo cual no sucede cuando una persona se encuentra privada de la libertad y por ese solo hecho, tal como ocurre en el presente caso, pues no se demostró que subiera imposibilitado allegar de alguna forma la prueba...

Sentencia del 26 de Julio de 2005 M. P. Carlos Ignacio Jaramillo, indica que las actuaciones de movimientos subversivos o los actos terroristas no son persé constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito en la medida en la que pueden ser previsible en ciertas regiones y circunstancias y así mismo resistibles.

La Corte ha puntualizado que, si “el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y

arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor [...]” (G. J. Tomos. LIV, página, 377, y CLVIII, página 63”).

Adicionalmente precisó que:

[...] un hecho sólo puede ser calificado como irresistible, si es absolutamente imposible evitar sus consecuencias, es decir, que situada cualquier persona en las circunstancias que enfrenta el deudor, invariablemente se vería sometido a esos efectos perturbadores [...]

La imposibilidad relativa, entonces, no permite calificar un hecho de irresistible, pues las dificultades de índole personal que se ciernan sobre el deudor para atender sus compromisos contractuales, o aquellas situaciones que, pese a ser generalizadas y gravosas, no frustran –in radice- la posibilidad de cumplimiento [...] constituyen hechos por definición superables, sin que la mayor onerosidad que ellas representen, de por sí, inequívocamente tenga la entidad suficiente de tornar insuperable lo que por esencia es resistible, rectamente entendida la irresistibilidad.

[...] el hecho superable mediante la adopción de medidas que permitan contener, conjurar o eludir sus consecuencias, no puede ser invocado como constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor [...],

[...] las acciones perpetradas por movimientos subversivos o, en general, al margen de la ley, o de los actos calificados como terroristas [...], no pueden ser catalogados inexorable e indefectiblemente como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, pues [...] es indispensable que el juzgador, in concreto, ausculte la presencia individual de los elementos antes referidos, teniendo en cuenta las circunstancias particulares [...] Por tanto [...] en sí mismos considerados, no le brindan ineluctable amparo a los deudores para que [...] sin ninguna otra consideración y en todos los casos, se aparten de los deberes de conducta que les imponen las leyes contractuales [...]

“Más aún, la incidencia (de) las acciones intimidatorias desplegadas por grupos al margen de la ley, en una situación contractual o comercial particular, puede llegar a ser previsible [...] tratándose de regiones o naciones en donde [...] existe [o existió]

una situación de violencia, más o menos generalizada-, de suerte que si una de las partes no adopta las medidas necesarias o conducentes para evitar ser cobijada por esos hechos, o se expone indebida o irreflexivamente a los mismos o a sus efectos, no podrá luego justificar a plenitud la infracción del contrato.

Sentencia del 6 de septiembre de 2018 la Corte considera que la privación de la libertad no debe considerarse causal de fuerza mayor:

Ha de tratarse de fenómenos externos el sujeto cuyo comportamiento se analiza que reúnan las características que de antaño estereotipa la figura, esto es, la imprevisibilidad (hechos súbitos, sorprendidos, insospechados etc.) y la irresistibilidad (que los efectos del hecho no pueden ser exitosamente enfrentados o conjurados por una persona común), lo cual no sucede cuando una persona se encuentra privada de la libertad y por ese solo hecho, tal como ocurre en el presente caso, pues no se demostró que subiera imposibilitado allegar de alguna forma la prueba [...]

Sentencia de 18 de diciembre de 2020, SC5176-2020 Radicación No. 11001-31-03-028-2006-00466-01 con ponencia del Magistrado Luis Alonso Rico Puerta que indica que, en caso de incumplimiento de contratos financieros, el banco al realizar una actividad peligrosa es responsable de manera objetiva, es decir se presume su culpa, pero se puede exonerar probando fuerza mayor o caso fortuito.

2.3. Decantado lo anterior, es pertinente llamar la atención en que la teoría del riesgo se ha adaptado al contexto del derecho privado nacional por dos vías principales: (i) como sustento de una interpretación del artículo 2356 del Código Civil, según la cual allí se establecería **un supuesto de responsabilidad objetiva**; y (ii) como justificación para el régimen, **también objetivo**, de responsabilidad por el pago de cheques falsos o adulterados. [...] resalta la Corte que prescindir de la calificación de la conducta de la entidad financiera no significa asumir una especie de responsabilidad automática suya, pues aun en los regímenes objetivos es necesario demostrar que el hecho dañoso es atribuible a la conducta del agente.

Por ende, en casos como este el banco podrá exonerarse de la carga indemnizatoria que se le endilga, probando que las circunstancias que originaron el desmedro patrimonial (como la alteración de una orden de giro, en este caso) obedecieron a **causas que no le son imputables**" (negrilla fuera de texto).

## LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN TORNO DE LA FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

La Corte Constitucional a diferencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, por vía de Sentencias T y Sentencias de Unificación (SU) ha flexibilizado y, si se quiere, morigerado los requisitos establecidos por la Corte Suprema de Justicia para aplicar los efectos de la fuerza mayor y el caso fortuito, veamos algunas de las sentencias paradigmáticas:

Sentencia T – 520 de 23 de junio de 2003 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

La tutela, objeto de fallo, fue promovida por una persona víctima de secuestro, que tras su liberación fue demandado en acción ejecutiva por dos entidades bancarias con las que había adquirido obligaciones dinerarias de forma previa a su privación de la libertad. La Corte Constitucional reconoce que el hecho del secuestro se configura como una circunstancia de fuerza mayor y deduce de la misma las siguientes consecuencias:

1) El secuestro constituye evento de fuerza mayor que impide el cumplimiento de las obligaciones.

[...] el secuestro del deudor le impide físicamente cancelar las cuotas exigibles durante este período conforme al contrato de mutuo. En esa medida, el incumplimiento de las obligaciones del secuestrado está justificado. Efectivamente, la persona se encuentra sujeta a una circunstancia que es susceptible de considerarse genéricamente como constitutiva de fuerza mayor, y que le impide cumplir sus obligaciones.

2) Aunque en el derecho civil la imprevisibilidad e irresistibilidad no deben mirarse en abstracto, en sede de tutela el deudor que fue secuestrado, no tiene que probar que el secuestro fue irresistible

e imprevisible, ni que fue la causa del incumplimiento.

La Corte Constitucional reconoce que el análisis sobre la imprevisibilidad y la irresistibilidad en la óptica del derecho civil y la jurisprudencia de la Corte Suprema, demanda que el juzgador “examine la posición en que se encuentra el deudor en relación con el hecho en sí, y no sólo la ocurrencia objetiva del hecho”, por tanto, desde un aspecto analítico “no podría afirmarse que un hecho –genéricamente definido– sea per sé imprevisto, imprevisible e irresistible, al margen de las circunstancias específicas en que se encontraba el deudor cuando el hecho ocurrió”. Pese a ello, termina desechando en la práctica estos supuestos al relevar de las pruebas concretas al deudor víctima del secuestro que interpone la acción de tutela, por lo que el mismo se convierte en un evento objetivamente constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito.

En términos abstractos resulta razonable y proporcional imponer la carga de probar que el hecho era imprevisto, imprevisible e irresistible, y que hubo una relación causal con el incumplimiento, como condiciones probatorias para eximir al deudor de responsabilidad en materia civil. Sin embargo, en el caso del secuestro esta carga probatoria resultaría demasiado onerosa. Imponerle a un deudor que ha sido secuestrado la carga de probar que en su caso el secuestro era una circunstancia imprevista, imprevisible e irresistible, conforme a los cánones probatorios ordinarios resulta irrazonable y desproporcionado, por diversas razones. [...] aun cuando en algunas ocasiones las personas llegan a resistir un secuestro asumiendo el riesgo para sus vidas y las de los demás, esta opción personal no puede llevarse a cabo sin poner en juego el bien jurídico de la vida [...] En segundo lugar, porque aun cuando en algunos casos la existencia de amenazas previas puede constituir un indicio de la previsibilidad del secuestro, el grado de afectación personal que significa este delito para las víctimas lleva a suponer que de saber cómo y cuándo se va a efectuar, la persona tomaría todas las precauciones necesarias para evitarlo (Sentencia T – 520, Escobar, 2003). Subrayado fuera de texto).

Tal conclusión se fundamenta en precedentes ya trazados en años anteriores por la propia Corte:

[...] no es con los criterios del Código Civil como ha de interpretarse la Constitución, norma de normas. En este caso en concreto, escapa a los criterios de razonabilidad el sostener que el secuestro, al ser un hecho de “posible ocurrencia” deba ser totalmente previsible. Por el contrario, partiendo del presupuesto de que es el Estado quien debe “proteger a todas las personas residentes en Colombia en su honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades” (Art. 2 CN) **el secuestro es un fenómeno tan irresistible como imprevisible**” (Sentencia T-1337, Uprimny, 2001. Negrillas fuera de texto.).

Disposiciones relevantes expedidas por el Gobierno Nacional y los Gobiernos Locales dentro del marco del Estado de Emergencia originado en el COVID-19.

Debido a la crisis originada por la pandemia del COVID-19, el presidente de la República, en virtud del artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, expidió el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, por medio del cual se declaró Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. “Estado de Emergencia” en todo el territorio nacional, por el término de 30 días calendario, contados a partir de la vigencia del decreto. Lo anterior, con el fin de hacer frente a la situación generada por la pandemia del nuevo coronavirus COVID-19.

Posteriormente, y con base en lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, por medio del cual se ordenó el “aislamiento preventivo obligatorio”, de los habitantes del territorio nacional a partir del 25 de marzo de 2020 hasta el 13 de abril de 2020, autorizando la circulación de las personas en situaciones excepcionales establecidas en su artículo 3º. Por medio del Decreto 531 del 8 de abril de 2020, se prorrogó el término del aislamiento obligatorio hasta el 27 de abril de 2020. El cual, fue extendido en numerosas ocasiones, hasta el 30 de noviembre de 2020, por medio de los Decretos 593, 636, 749, 847, 878, 990, 1076 de 2020 y, posteriormente, el Decreto 1168 del 25 de agosto de 2020 que termina con la etapa de aislamiento preventivo y determina el inicio de la etapa de “Aislamiento Selectivo y



Distanciamiento Individual Responsable”, según el cual se plantea un distanciamiento individual responsable, en el que todas las personas que permanezcan en el territorio nacional deberán cumplir con los protocolos de bioseguridad de comportamiento del ciudadano en el espacio público, para la disminución de la propagación de la pandemia y la disminución del contagio en las actividades cotidianas expedidos por el Ministerio de Salud y Protección Social. Así mismo, deberán atender las instrucciones que para evitar la propagación del Coronavirus COVID-19, adopte o expidan los diferentes ministerios y entidades del orden nacional, cumpliendo las medidas de aislamiento selectivo y propendiendo por el autoaislamiento, lo que se ha denominado “**nueva normalidad**”. Se precisa que: (i) deberán estar sujetas al cumplimiento de los protocolos de bioseguridad que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social y (ii) en la medida de lo posible, se deberá procurar por que los empleados, cuya presencia no sea indispensable en la sede de trabajo, desarrollen sus funciones en la modalidad de teletrabajo.

En línea con lo anterior, el Gobierno Nacional por medio de los Decretos 457, 749 y ahora recientemente, el 998 del 2020, ha venido estableciendo ciertas actividades que por su naturaleza no solo industrial, sino también personal, se encuentran exceptuadas de las medidas de aislamiento y, por tanto, pueden ser desplegadas bajo ciertas condiciones y límites temporales, en atención a la especial coyuntura generada por el coronavirus.

Asimismo, dadas las circunstancias que dieron lugar al Estado de Emergencia, y previendo que las normas anteriormente anotadas impactan negativamente la ejecución de contratos de arrendamiento sobre inmuebles, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 579 del 15 de abril de 2020 que tiene por objeto adoptar medidas transitorias en materia de propiedad horizontal y contratos de arrendamiento. No obstante, se recalca que las medidas indicadas solo aplican a los contratos de arrendamiento en los que los arrendatarios sean personas naturales o personas jurídicas con las siguientes características: Micro, pequeña o mediana empresa y personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Para el día 4 de junio el Gobierno Nacional expidió el Decreto 797 de 2020, mediante el cual

“se adoptan medidas transitorias en materia de arrendamiento de locales comerciales, en el marco del Estado de Emergencia, (sic) Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020”.

Igualmente, la Alcaldía Mayor de Bogotá expidió el Decreto Distrital 143 de 2020, por medio del cual estableció –entre otras cosas- que, para entrar a cualquier establecimiento a realizar actividades de compra de bienes y servicios, así como de la actividades bancarias o financieros se deberá atender la medida de pico y cédula dispuesta por el Gobierno Distrital. En virtud de dicha medida en los días impares no podrán acceder a estos servicios y establecimientos las personas cuya cédula o documento de identidad termine en dígito impar; y en los días pares no podrán acceder a los mismos las personas cuya cédula o documento de identidad termina en dígito par.

#### **DISPOSICIONES RELEVANTES FRENTE A LA POSIBILIDAD DE DESTINAR LOS INMUEBLES A OFICINAS ADMINISTRATIVAS**

Al respecto, por lo menos para el caso de Bogotá, por medio del Decreto Distrital 143 de 2020, se establece que las actividades comerciales, productivas y financieras, se deben realizar en turnos diferenciados y sin superar el 20% de ocupación en la modalidad de trabajo en sitio (Artículo 5 modificado por el artículo 1 del Decreto Distrital 164 del 6 de julio de 2020).

El Decreto 143 se expidió en su oportunidad, con la intención de fijar lineamientos para dar continuidad a la ejecución de la medida de aislamiento obligatorio en Bogotá, dando continuidad al aislamiento del 16 de junio al 1º de julio de 2020. No obstante, las medidas establecidas en cuanto a las actividades económicas fueron derogadas el 26 de agosto de 2020 por el Decreto Distrital 193 (el “Decreto 193”)

Por medio del cual se adoptan medidas transitorias de policía para garantizar el orden público en el Distrito Capital y mitigar el impacto social y económico causado por la pandemia de Coronavirus SARS-Cov-2 (COVID-19) en el periodo transitorio de nueva realidad.

En relación con lo mencionado, la Alcaldía Mayor de Bogotá decretó las regulaciones relativas al periodo transitorio de “nueva realidad” bajo el cual se establece la posibilidad [...] de adelantar la reactivación de los sectores económicos a través de la distribución razonables de las diferentes actividades comerciales, laborales y de servicios, mediante la aplicación de franjas y horarios de funcionamiento [...] (Decreto Distrital 193 de 2020).

Bajo esta premisa, se determinó que las actividades que desarrolla el sector comercial y financiero en sus oficinas administrativas se clasifican como “actividades de oficina no esenciales”, a las que les resultaría aplicable lo siguiente: (i) la jornada para ejercer su actividad sería los lunes, martes, viernes y sábado sin restricción de horario, (ii) su autorización quedará sujeta a que se garantice la modalidad de teletrabajo en un porcentaje no inferior al 50% para las labores que no requieran presencialidad, y (iii) mantener un distanciamiento obligatorio de 2 metros entre personas.

Adicionalmente, en el artículo 7º del Decreto 197, se determina que durante el tiempo que dure la emergencia sanitaria, todas las entidades tanto del sector público como privado deberán programar que sus empleados, cuya presencia no sea indispensable en la sede de trabajo, desarrollen sus funciones bajo la modalidad de teletrabajo o similares.

#### **TRATAMIENTO LEGAL DE LA FUERZA MAYOR EN OTROS PAÍSES DE IBEROAMÉRICA.**

1. Chile. El caso fortuito es un concepto definido por ley en el artículo 45 del Código Civil, que libera de responsabilidad al deudor por el retraso o la imposibilidad de cumplimiento. Sus requisitos son tres: (i) que se trate de un hecho imprevisto para las partes, las que no pudieron, razonablemente, representarse la ocurrencia del hecho al contratar; (ii) que sea, además, irresistible para ellas, en el sentido que no pueden evitar sus consecuencias; y, por último, (iii) que sea ajeno a su voluntad, ya que no puede haber sido provocado por alguna de ellas. Pese a ello, se ha reconocido una posición amplia por parte de acreedores de contratos de mutuo mercantil, arrendadores, proveedores, contratistas de prestación de servicios y en general contratantes de contratos de

tracto sucesivo que han considerado que la pandemia no constituye un evento de fuerza mayor. Lo que se observa, es la recomendación legal a las partes de por ejemplo contratos de arrendamiento de abrir un periodo de negociación, lo anterior con el propósito de lograr alcanzar un acuerdo razonable. De los resultados de estas negociaciones, se ha identificado que muy pocas veces se ha logrado terminar de forma anticipada los contratos de arrendamiento o suspender el pago del canon, por el contrario, lo común ha sido lograr la disminución el valor de la renta. Por último, en el evento en que las partes no hayan llegado a un acuerdo, se ha procedido a acudir ante instancias judiciales para resolver las diferencias. Sin embargo, aún no se conocen los resultados de estos procesos. Similar situación se plantea frente a otros contratos de tracto sucesivo.

2. Perú. La regulación del caso fortuito o fuerza mayor se encuentra contenida en los artículos 1315, 1316 y 1317 del Código Civil. La ley peruana señala que se trata de un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, calificado como una causa no imputable. El caso fortuito o fuerza mayor constituye un evento que hace imposible la ejecución de la prestación, la intensidad del impacto de tal circunstancia en el cumplimiento puede ser: total, parcial, permanente o temporal. De aquí que la legislación peruana fija distintas consecuencias:

- Si la obligación no pudo ser ejecutada por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación se extinguirá;
- En aquellos eventos en que la imposibilidad sea temporal, el deudor no es responsable por el retardo, mientras perdure;
- A pesar de que la imposibilidad sea temporal, la obligación se extingue si la causa que determina la inexecución persiste hasta que el deudor, de acuerdo al título de su obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.
- En los casos en donde la obligación solo pueda ejecutarse parcialmente, si ella no

fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial, la obligación también se extingue; caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutar reduciendo la contraprestación, si la hubiere.

Si bien puede indicarse que en Perú sucede algo similar que en Chile se resalta que en el Código Civil peruano las reglas atrás enunciadas permiten resolver el contrato si éste se ha suspendido por un evento de fuerza mayor y, además, éste hecho se mantiene por un periodo que genera que la partes pierdan interés en la contraprestación. No obstante, a la fecha, no hay casos en los que se haya dado aplicación a la normativa mencionada, ni se ha presentado ante la justicia ordinaria de dicho país.

3. México. El principio *Pacta sunt servanda* está contemplado en los artículos 1796 y 1797 del Código Civil Federal y en el artículo 78 del Código de Comercio por el que las partes están obligadas a cumplir con sus obligaciones contractuales en los términos y condiciones en las que se hayan pactado. No obstante, lo anterior, la legislación civil mexicana reconoce también el principio general de derecho de que nadie se encuentra obligado a lo imposible en los artículos 1847 y 2111 del Código Civil Federal. Bajo este principio se reconoce que existen ocasiones en que el incumplimiento de una obligación no puede ser imputable al deudor por el acaecimiento de acontecimientos fuera de su voluntad que no ha podido prever o que, siendo previsibles, no hubiera podido evitar. Sucede una situación similar a la indicada en Chile, lo anterior, en la medida en que no existen ni se han adoptado ningún tipo de medidas legales que faciliten la terminación o la renegociación de los contratos de tracto sucesivo. En consecuencia, la terminación de este tipo de contratos se ha hecho de forma casuística.

4. Brasil. Tampoco hay una normativa que trate específicamente de la terminación de contratos de tracto sucesivo en virtud de la ocurrencia de la pandemia. Jurisprudencialmente, aún no existe precedente consolidado sobre la posibilidad de revisar contratos de tracto sucesivo por este motivo, sin embargo, se ha reconocido

la posibilidad de suspender la obligación del contratante de pagar la multa por el incumplimiento en el pago de las obligaciones pecuniarias derivadas del contrato.

5. España. Conforme a los artículos 1105, 1182, 1184 y 1258 del Código Civil español, el caso fortuito y la fuerza mayor suponen la liberación del deudor por imposibilidad sobrevenida de cumplir las prestaciones pactadas. Para el caso de arrendamiento de inmuebles destinados a un uso diferente del de vivienda se expidió el Real Decreto-ley 5 del 22 de abril de 2020, que estableció para quienes no hayan alcanzado un acuerdo, la aplicación de un periodo automático de 2 años a favor del arrendatario para el pago de hasta 4 cánones de arrendamiento sin lugar al pago de ningún tipo de sanción o pena, lo anterior, siempre y cuando el arrendador sea considerado un “gran tenedor”. En todo caso, se resalta que la regulación expedida de ninguna manera autoriza la condonación o reducción del canon o la terminación de los contratos de arrendamiento. En similar sentido se expidió el Real Decreto-ley de 17 de marzo de 2020, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en lo relativo al pago de las cuotas de préstamo de vivienda habitual para colectivos desfavorecidos. Al considerar el caso fortuito o fuerza mayor como causa de imposibilidad de cumplimiento de la obligación, resulta relevante la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de mayo de 2015 (Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, nº 266/2015, rec. 721/2013), mediante la cual se indicó que, a las deudas pecuniarias, por tratarse de una obligación genérica, se les aplica el principio “perpetuatio obligationis” en el sistema de riesgos y, en consecuencia, no se les puede aplicar la imposibilidad del cumplimiento. Como mucho se podría contemplar un retraso o un incumplimiento temporal, pero la fuerza mayor no actuará como causa extintiva de la obligación. En cuanto a la fuerza mayor, sucede algo similar a Colombia, en el sentido en que no es viable alegarla para dar por terminados los contratos de tracto sucesivo, a menos de que así lo hayan previsto las partes en el respectivo contrato. Por lo tanto, se ha considerado que es más viable acudir a la fórmula legal “*rebus sic stantibus*” (teoría

de la alteración de la base del negocio), de elaboración jurisprudencial, que se asemeja a la teoría de la imprevisión. Existe un precedente jurisprudencial aplicado durante el periodo de la pandemia la sentencia AAP Valencia 43/2021, 10 de febrero de 2021 de la Audiencia Provincial - Valencia, Sección 8ª por medio del cual se ordena el aplazamiento de la mitad del pago del alquiler con ocasión del COVID-19. Se aplica la cláusula denominada "*rebus sic stantibus*" (que permite revisar cualquier acto o negocio jurídico que ha sufrido un hecho imprevisible posterior a la celebración del contrato), por la que se concede cautelarmente el aplazamiento del pago de la mitad de la renta por alquiler a una empresa hotelera a causa de la pandemia de COVID-19. Se desestima el recurso de apelación. Siendo esto así, se ha recomendado, y las mismas partes así lo han preferido, renegociar los términos de los contratos para lograr una reducción o condonación de los cánones de arrendamiento o del precio del contrato cuando se trata de otro tipo de negocios jurídicos como los de suministro o prestación de servicios.

Con base en lo anterior, la situación en los países mencionados no es muy diferente a la que se presenta actualmente en Colombia. Esto, debido a que se trata de un evento inesperado y extraordinario, muy reciente y, cuyos impactos no han logrado ser medidos ni regulados por las autoridades.

## CONCLUSIONES

### Aspectos relevantes para considerar frente a la crisis producida por el COVID-19

Al aplicar la teoría ya expuesta a la crisis producida por el COVID-19, resulta importante distinguir el fenómeno de la declaratoria de pandemia, revelada el 30 de enero de 2020, por la Organización Mundial de la Salud -OMS, que identificó el nuevo coronavirus COVID-19, y declaró este brote como emergencia de salud pública de importancia internacional; distinguiéndola de la declaratoria producida por el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, mediante el cual el Presidente de la República estableció el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional y en consecuencia ordenó un confinamiento preventivo.

Ambos fenómenos presentan las características de ser externos o ajenos a las partes en una relación jurídico negocial, ser imprevistos y ser irresistibles, es decir, ambos podrían configurar jurídicamente un hecho de fuerza mayor. Pese a ello, es claro que la declaratoria de pandemia producida por la OMS, el 30 de enero de 2020, no puede entenderse como la causa eficiente del incumplimiento de contratos de tracto sucesivo u otro tipo de contratos reales, pero con obligaciones periódicas o sucesivas; como por ejemplo, contratos de arrendamiento de locales comerciales, contratos de mutuo, contratos de suministro, contratos de leasing, contratos de prestación de servicios profesionales, así como, contratos financieros como el mutuo mercantil, la apertura de crédito, el descuento u otras operaciones activas. Esto por cuanto la pandemia por sí sola no generó el incumplimiento contractual.

Lo que realmente se configuró en la causa del incumplimiento contractual en los contratos mencionados, situación generada no solo en Colombia, sino en el resto de países en el mundo, fueron las decisiones de los gobiernos para declarar el estado de emergencia y correlativamente ordenar el aislamiento preventivo o cuarentena, que generó que amplios sectores de la economía suspendieran por tiempo indefinido labores, cerraran su operación y por ende dejaran de tener flujos de caja que les permitieran atender las obligaciones o prestaciones derivadas de los contratos suscritos. En ese orden de ideas, la fecha fundamental en Colombia para entender el punto de arranque de la crisis contractual originada por el COVID-19 es el 17 de marzo de 2020, momento en el que el presidente Duque expide el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, mediante el cual estableció el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional.

Esto implica que solo se podrá alegar la circunstancia de fuerza mayor originada en el hecho del COVID-19 a contratos que se hayan celebrado antes de esta fecha, pues para todos los contratos suscritos con posterioridad al 17 de marzo de 2020 en Colombia, la pandemia del COVID-19 no sería un hecho extraordinario y sobreviniente, sino que por el contrario sería una circunstancia plenamente conocida y que debió ser considerada al momento de contratar.

Como se ha señalado a lo largo de este texto, no hay un catálogo de eventos de fuerza mayor, sino que cada situación particular debe revisarse una a una y se deberá determinar si el evento del COVID-19 y, esencialmente, si la orden de confinamiento restrictivo y la imposibilidad de realizar determinadas actividades económicas o por lo menos su restricción, es causa eficiente para alegar incumplimiento de determinadas obligaciones derivadas de los contratos respecto de los cuales se pretende plantear la circunstancia de fuerza mayor. Aquí resulta clave distinguir los fenómenos de incumplimiento contractual, de los fenómenos de no cumplimiento en los que, pese a que se da esta situación, la misma no le es imputable al deudor y por tanto la obligación se extingue sin que exista mora del deudor ni obligación de reparar.

Es importante considerar que la imposibilidad de cumplimiento sea relativa, es decir, que el deudor pueda cumplir, pero parcialmente o a costos más altos de los originalmente presupuestados, aquí ya no se está en una situación de fuerza mayor, sino de imprevisión que determina que si las partes no logran de común acuerdo fijar nuevas condiciones para perseverar en el contrato, deban someter la controversia a un juez cuya función es retornar el equilibrio económico del contrato.

En este sentido se debe diferenciar el concepto de imposibilidad de cumplir el contrato, de los conceptos de dificultad para cumplir y de excesiva onerosidad para cumplir. En el primer caso, se está frente a situaciones de fuerza mayor que pueden conducir a la terminación del contrato, la dificultad de cumplimiento se ubica en un efecto estacional o temporal que lo que produce es una suspensión del contrato en los términos del artículo 1616 del Código Civil; en tanto que, en el caso de excesiva onerosidad de la prestación, se está frente a un típico caso de imprevisión que se regularía por las reglas del artículo 868 del Código de Comercio.

En todos estos eventos es fundamental revisar previamente los pactos contractuales, pues si las partes han incluido pactos relativos a la Fuerza Mayor o cláusulas de asignación de riesgos, donde hayan trasladado el riesgo a alguna de las partes, esta no podrá alegar eventos configurativos de fuerza mayor y deberá atenerse a lo pactado, a menos que se ubiquen en cláusulas abusivas o

exorbitantes, calificación que le corresponde a los jueces en cada caso.

Un deudor que se ha visto afectado por la pandemia del COVID-19 deberá en consecuencia, probar que la relación jurídica negocial se estructuró antes del 17 de marzo de 2020; que la afectación es grave y, por ende, le impide cumplir algunas o la totalidad de las prestaciones derivadas del contrato; de tratarse de una afectación moderada o leve lo máximo que puede pedir es que el contrato se suspenda mientras pasan los efectos de la pandemia, pero en todo caso deberá cumplir.

En los casos de obligaciones dinerarias es fundamental entender que este tipo de obligaciones no perecen, por lo que la fuerza mayor no exonera su cumplimiento, salvo las precisiones señaladas por la Corte Constitucional en la mencionada sentencia T-520 de 2003, en donde en aplicación del principio de solidaridad, y en aplicación de la protección especial a los deudores del sistema financiero, que por razón de estas deudas se les afecte su mínimo vital y, eventualmente, el derecho fundamental a la vida, se les deban otorgar condiciones especiales como el otorgamiento de periodos de gracia, novar los contratos, prohibición de ejercer cláusulas aceleratorias, no exigir intereses moratorios y no efectuar reportes negativos ante las centrales de riesgo.

Dependiendo de la naturaleza de las obligaciones derivadas del contrato, cambian igualmente los efectos de la fuerza mayor alegada. En principio, el riesgo lo sufre el acreedor si la obligación es de dar cuerpo cierto, pues si se trata de genero el evento externo lo libera, si la obligación es de hacer o no hacer, la obligación no se puede exigir porque ha desaparecido la causa. Como ha quedado dicho, no se puede exigir la mora, pues la fuerza mayor implica que el deudor ha sido afectado por una *vis externa* que lo libera de la carga de cumplir.

Es claro en todo caso, que no existe en Colombia un deber de renegociar los contratos, que frente a situaciones planteadas como la de la crisis del COVID-19 son las partes las más llamadas a tratar de resolver los conflictos de manera directa, aplicando el principio constitucional de la solidaridad; en ese sentido, los operadores jurídicos, abogados asesores y conciliadores han

de poner su mejor entendimiento para buscar acuerdos entre las partes, siendo imaginativos y reconociendo que en circunstancias extraordinarias corresponde asumir soluciones igualmente extraordinarias. En todo caso, cuando los acuerdos no se logren, serán los jueces quienes

deben dirimir los conflictos y aquí la distinción entre los eventos de fuerza mayor y caso fortuito enfrentados a los casos de imprevisión amerita que se haga una clara distinción de una y otra figura, y que se aplique la teórica expuesta a lo largo de este trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

- *Código Civil*. (2016). Legis Editores.
- *Código de Comercio*. (2016). Legis Editores.
- Colin y Capitant, A. Y. (1924). *Curso Elemental de Derecho Civil*. 3 Teoría General de las Obligaciones. Madrid: Editorial Reus.
- Consejo de Estado. *Sentencia de 18 de septiembre de 2003*. Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.
- Corte Constitucional. *Sentencia T - 520 de 23 de junio de 2003*. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Agraria. *Sentencia del 5 de julio de 1935*. Magistrado Ponente Eduardo Zuleta Ángel.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Agraria. *Sentencia de 31 de agosto de 1942*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Agraria. *Sentencia de noviembre 13 de 1962*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Agraria. *Sentencia de mayo 31 de 1965*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Agraria. *Sentencia de febrero 27 de 1974*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Agraria. *Sentencia de noviembre 20 de 1989*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Agraria. *Sentencia de 6 de septiembre de 2018*. M. P. Álvaro Fernando García Restrepo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Agraria. *Sentencia el 4 de Julio de 2002*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Agraria. *Sentencia del 26 de Julio de 2005*. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Agraria. *Sentencia de 18 de diciembre de 2020*. SC5176-2020 Radicación No. 11001-31-03-028-2006-00466-01. M. P. Luis Alonso Rico Puerta.
- Hinestrosa F. (2015). *Tratado de las Obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa F. (2018). Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones. *Revista de Derecho Privado*, (36), 12- 25, doi:10.18601/01234366.n36.0
- Jean, M. M. (1969). *Lecciones de Derecho Civil*. Vol. VI. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Jossierad, L. (1930). Casos de fuerza mayor y caso fortuito. *Revista general de seguros y responsabilidad*.
- Mazeud y Tunc, H., y Léon, A. (1963). *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Ospina F. G. (1998). *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis.
- Pérez V. Á. (1957). *Teoría General de las Obligaciones*. Vol. II. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Planiol, M. Y. (1946). *Tratado Práctico de Derecho Privado Civil Francés*. Tomo VI. Habana: Cultural S.A.
- Sectores con mayor riesgo de pérdida económica por el COVID-19. (04 de mayo, 2020). *Portafolio*. <https://www.portafolio.co/economia/los-sectores-con-mayor-riesgo-de-perdida-de-empleo-por-el-COVID-19-540483>

- Ripert, G. Y. (1964). Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol. Vol. IV. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Solarte, A., y Varón, J. C. (2020). *Fuerza mayor y caso fortuito: Suspensión de contratos y litigios derivados*. <https://www.youtube.com/watch?v=SedBYVQ44qo&feature=youtu.be>