

COVID-19: criterios para manejar la fuerza mayor en la contratación estatal

Erika Dulcey, directora Cámara de Cumplimiento y Responsabilidad Civil
Fasecolda

El objeto del presente artículo es dar claridad sobre el correcto manejo de la fuerza mayor respecto de las vicisitudes que se presenten en la ejecución de contratos estatales, con ocasión de la pandemia de COVID-19, las cuales no pueden ser resueltas a partir de una única regla, sino que exigen el examen de distintos factores.

En ese sentido, la fuerza mayor puede ser invocada por cualquiera de los dos extremos de la relación jurídica negocial, esto es, el Estado o el contratista, los eventos de incumplimiento pueden ser causados directa o indirectamente por la pandemia, su reconocimiento puede llevar a la suspensión unilateral o bilateral del contrato, a su prórroga, al cambio de sus condiciones en la ejecución, a la revisión del equilibrio económico contractual o, incluso, a su terminación.

1. ¿Qué es un evento de fuerza mayor?

Enneccerus definió la fuerza mayor como el «acontecimiento cognoscible, imprevisible, que no deriva de la actividad en cuestión, sino que en este sentido viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar.»¹



En nuestro ordenamiento positivo, el Código Civil colombiano, en su artículo 64, subrogado por el artículo 1 de la Ley 95 de 1890, establece: «*Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*»

2. ¿Qué requisitos debe contener un evento para ser considerado de fuerza mayor?

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado², para invocar una causal de fuerza mayor como evento eximente de responsabilidad, se debe cumplir con los siguientes requisitos:

- **El hecho debe ser irresistible:** el fenómeno constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor debe poner a
- **El hecho debe ser imprevisto:** debe ser un evento de carácter tan remotamente probable y súbito que ni siquiera una persona diligente hubiera razonablemente tomado medidas para precaverlo.
- **El hecho debe ser jurídicamente ajeno al causante del daño:** el fenómeno constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito debe haberse producido sin contribución o culpa alguna del obligado.
- **Debida diligencia del obligado:** la exigencia de la demostración de la naturaleza imprevista e irresistible del fenómeno alegado como fuerza mayor o

1. JOSÉ LUIS CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *Derecho de Daños*, editorial bosch, 2a. edición 1999, p. 85, citado por Hector Patiño en la *Revista de Derecho Privado*, n.o 20, enero-junio de 2011

2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de febrero de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente No. 54614

caso fortuito lleva implícita la prueba de la debida diligencia del obligado.

- **Es una causal de exoneración de responsabilidad:** la fuerza mayor o caso fortuito proceden como causales de exoneración de responsabilidad, pues desvirtúan la culpa del agente.

3. Pero, ¿siempre es el COVID-19 el hecho constitutivo de fuerza mayor en la inejecución de la obligación propia de la relación contractual? ¿hasta dónde llega su impacto en los contratos estatales?

Si bien todo se origina en la existencia de la pandemia de COVID-19, no siempre se puede concluir que es la causa directa que impide cumplir con una obligación. En ese sentido, tenemos que identificar:

3.1 La causa o el hecho generador de la fuerza mayor

La causa es el hecho generador externo a la relación contractual que imposibilita, a pesar de la debida diligencia en la actuación, la ejecución de las obligaciones. Para el caso que nos ocupa, son posibles hechos generadores:

3.1.1 LA ENFERMEDAD: el COVID-19 como enfermedad irresistible y su impacto, entendida como el padecimiento directo del virus por un ser humano que incide de manera determinante en la no ejecución de la obligación.

3.1.2 LA PANDEMIA: la pandemia, imprevisible a nivel mundial y con una propagación a todas luces irresistible, la cual fue reconocida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como tal el 11 de marzo de 2020, entendida como riesgo de enfermedad y que puede conducir al incumplimiento de una obligación.

3.1.3 ACTOS DE AUTORIDAD PÚBLICA: los actos proferidos por servidores públicos con ocasión de la pandemia y que pueden determinar el incumplimiento de una obligación. Pueden provenir de distintas fuentes y producir efectos generales o particulares, así:

3.1.3.1 Los actos de autoridad pública nacional con efecto general e inmediato en todo el territorio nacional, como son:

- La Resolución 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, que declaró «*la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020*» por causa del coronavirus.
- El Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, «*Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional*», por el término de treinta (30) días, y todos los decretos con fuerza de ley expedidos bajo su amparo.

➔ Si bien todo se origina en la existencia de la pandemia de COVID-19, no siempre se puede concluir que es la causa directa que impide cumplir con una obligación.

- 3.1.3.2 Actos administrativos de carácter general y particular, que ordenan suspensión unilateral de términos en las actuaciones administrativas y contractuales, sobre todos los contratos en ejecución de determinado sector o entidad pública o sobre algunos en concreto.

3.1.4 HECHOS DE TERCEROS: los hechos de terceros causados por cualquiera de las tres razones anteriores, que impiden ejecutar de forma ordinaria las obligaciones contraídas, como son la suspensión de obligaciones por parte de subcontratistas, proveedores que detienen su producción, trabajadores que tiene limitada su circulación o que padecen la enfermedad, entre otros.

3.2 La relación de causalidad entre el hecho generador identificado y el no cumplimiento de la obligación

Una vez identificada la causa y el cumplimiento de los requisitos de i) imprevisibilidad, ii) irresistibilidad y iii) externalidad de la misma, se continúa con el juicio de causalidad, que permite comprobar el nexo directo entre ese hecho generador y la imposibilidad de cumplimiento.

En principio, se puede considerar la pandemia como evento de fuerza mayor, teniendo en cuenta que resulta ser el origen del incumplimiento. Sin embargo, no en todos los casos tienen un nexo causal directo con el no cumplimiento de una obligación contractual. Por ejemplo, si en un contrato de prestación de servicios la persona natural contratista contrae la enfermedad que le impide ejecutar las obligaciones del contrato, inequívocamente la causa del incumplimiento es la enfermedad producida por el coronavirus, pero si, en cambio, una persona jurídica contratista en un contrato de obra pública incumplió la obligación de entregar la obra en el plazo pactado, por razón de que sus trabajadores debieron acatar la orden de confinamiento proferida por el Gobierno, si bien la orden de aislamiento tiene relación causa-efecto con la pandemia de COVID-19, la relación que se debe examinar para efectos de la fuerza mayor es la existente entre la orden de aislamiento y la no ejecución de la obligación contractual, pasando a ser irrelevante la causa original, que es el COVID-19, puesto que en este caso la causa no es la pandemia ni la enfermedad, sino el acto de autoridad pública.

Nótese que, en el primer caso, la persona deberá probar el padecimiento de la enfermedad y el nexo causal entre la misma y el incumplimiento de la obligación, mientras que en el segundo caso se debe probar la existencia del acto de la autoridad pública y su vigencia durante el tiempo en que se debió ejecutar la obligación.

4. ¿Quién debe invocar un evento de fuerza mayor en la contratación pública?

4.1 La fuerza mayor como solicitud eximente de responsabilidad administrativa y sus efectos.

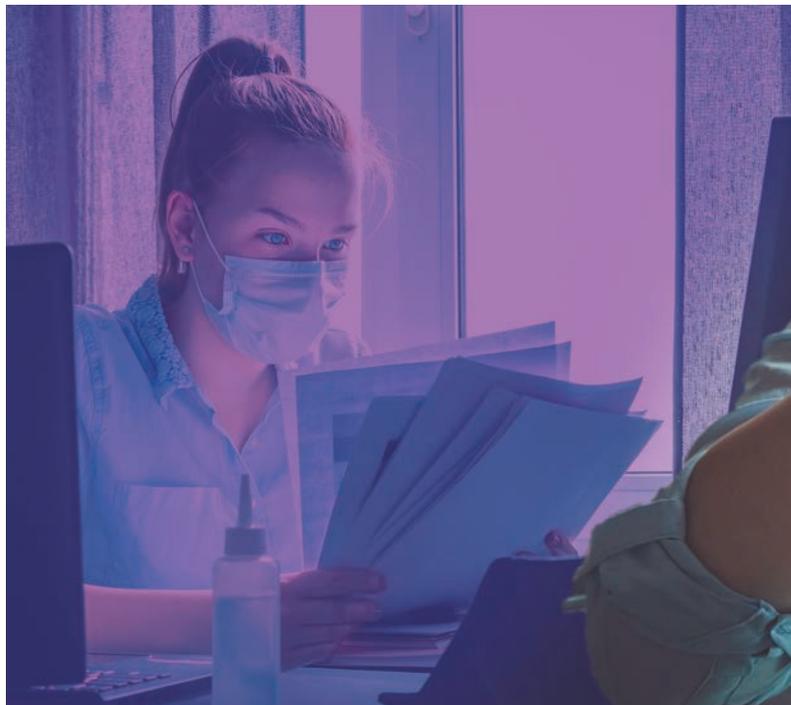
Para desarrollar este primer punto, es importante ubicarnos en la ejecución contractual ordinaria, bajo la cual la entidad contratante no reconoce la existencia de un hecho que impacte la correcta ejecución del contrato y, en consecuencia, espera que este se desarrolle sin ningún tipo de mora o incumplimiento³. Por su parte, el contratista amparado considera que existe un acontecimiento ajeno, que le impide continuar con la correcta ejecución de las obligaciones contraídas a pesar de su debida diligencia y decide hacer uso de la solicitud de la declaratoria de un evento eximente de responsabilidad de acuerdo a lo establecido en el contrato, para lo cual la entidad contratante hace un juicio de responsabilidad a partir del hecho generador y los requisitos legales y contractuales.

Tomemos como ejemplo regulatorio una cláusula contractual común en los contratos 4G de la Agencia Nacional de Infraestructura:

Definición de Evento Eximente de Responsabilidad: Es cualquier evento, circunstancia o combinación de eventos o circunstancias fuera del control razonable de la Parte que lo invoca, que afecte en forma sustancial y adversa el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato respecto de las cuales se invoca, después de que la Parte que lo invoca haya efectuado todos los actos razonablemente posibles para evitarlo. Se entiende incluido dentro del concepto de Evento Eximente de Responsabilidad, cualquier evento de Fuerza Mayor, incluyendo la Fuerza Mayor Predial, la Fuerza Mayor Ambiental y la Fuerza Mayor por Redes.

3. La citada hipótesis puede ocurrir en los contratos suscritos para mitigar la emergencia sanitaria o los relacionados con la prestación de servicios públicos domiciliarios que, a pesar de estar permitida su ejecución durante la emergencia decretada, puede verse afectada por las actividades indirectas no exceptuadas de las restricciones o por la escasez de materiales asociados.

➔ Al momento de suscribir nuevas pólizas de cumplimiento se debe establecer con claridad y precisión qué riesgos asume el contratista y si está en capacidad de mitigarlos.



A su vez, dichos contratos definen la «**fuerza mayor**» o el «**caso fortuito**» de la siguiente forma:

*1.73 “Fuerza Mayor” o “Caso Fortuito” De conformidad con lo estipulado en el artículo 1 de la Ley 95 de 1890, se entenderá por Fuerza Mayor o Caso Fortuito **el imprevisto a que no es posible resistir.***

Posteriormente se establece la distinción entre las causas, así:

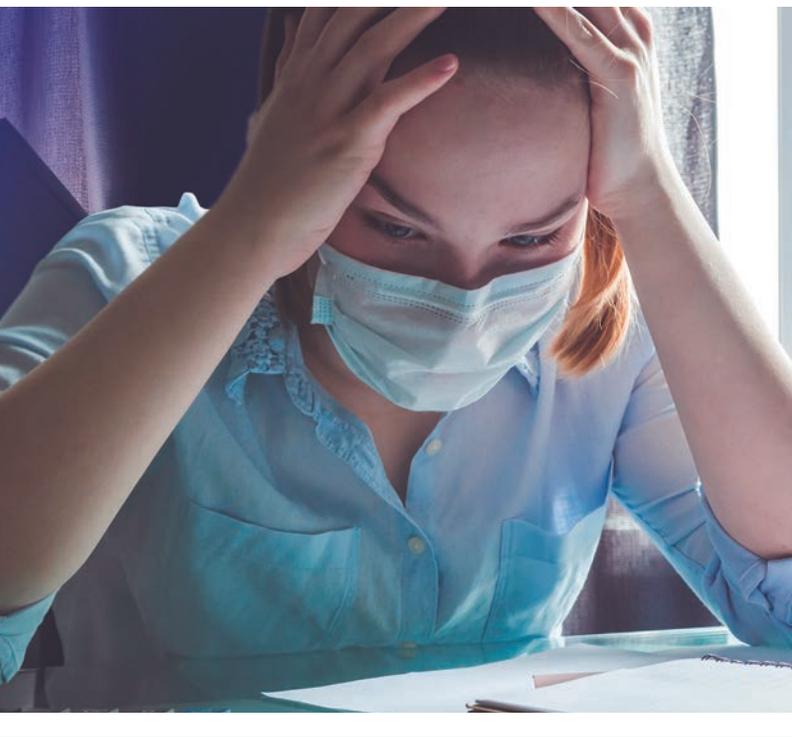
*14.2. Evento Eximente de Responsabilidad (a) El Concesionario o la ANI quedarán exentos de toda responsabilidad por cualquier demora en la ejecución de las obligaciones emanadas del Contrato, cuando con la debida comprobación se concluya por acuerdo de las Partes o, a falta de ello, por el Amigable Componedor, **que la demora es el resultado de hechos que puedan ser definidos como Evento Eximente de Responsabilidad, en los términos de la presente Sección 14.2. La demora en el cumplimiento de cualquier subcontratista no se considerará por sí sola Evento Eximente de Responsabilidad, a menos que la existencia de dicha circunstancia sea el resultado a su vez de un Evento Eximente de Responsabilidad.***

4.2 La suspensión contractual unilateral por parte del Estado, con ocasión de eventos de fuerza mayor.

Ocurre cuando el otro extremo de la relación contractual, es decir, el Estado, es quien dispone la suspensión general de los términos contractuales y, en consecuencia, de las actuaciones administrativas que adelanta con ocasión de dicha ejecución contractual. La mayoría de resoluciones de este tipo, traen consigo la suspensión de términos de los procesos administrativos sancionatorios, procesos de cobro coactivo y liquidaciones de contratos, entre otros.

5. ¿Qué se debe tener en cuenta luego de la declaratoria del evento de fuerza mayor?

Una vez declarado el evento como fuerza mayor se deben revisar varios aspectos, toda vez que la misma solo afecta las obligaciones directamente relacionadas con el evento reconocido y aun respecto de este, la consecuencia no es necesariamente la extinción de la obligación, sino que puede ser su suspensión, sustitución, modificación o aplazamiento, según el caso, y



ello traerá consecuencias no solo para el obligado sino también para el garante, como ocurre con el asegurador:

5.1 Obligaciones indemnes durante el período de fuerza mayor: el acto administrativo que reconoce o declara el evento de fuerza mayor debe precisar su alcance, esto es, su efecto total o parcial sobre las obligaciones del contrato; en otras palabras, debe señalar las obligaciones que persisten durante la etapa de suspensión o exenta de cumplimiento. Por ejemplo, en los contratos de concesión de infraestructura vial, portuaria o aeroportuaria, con ocasión de la suspensión contractual decretada por la Resolución 471 del 22 de marzo de 2020, persisten las obligaciones de operación de carreteras, puertos, aeropuertos y red férrea, las obligaciones de mantenimiento esencial para la prestación del servicio de transporte, la atención de zonas inestables, y cualquier otra actividad que garantice la prestación del servicio público de transporte en condiciones de seguridad.

5.2 Suspensión y extinción de las obligaciones: se debe analizar si procede la suspensión del contrato (la cual debe estar pactada contractualmente) o si, por el contrario, procede la extinción de las obligaciones

contractuales. De proceder la suspensión, se debe ser cuidadoso con la vigencia de la garantía, la cual debe continuar vigente para cubrir las obligaciones que no fueron suspendidas.

5.3 Prórroga y renovaciones: si hay lugar a la prórroga, igualmente se debe advertir la necesaria y consecuente renovación de las pólizas de garantía de cumplimiento por el término de la misma.

5.4 Alteración de condiciones del contrato con ocasión de situaciones imprevistas con impacto económico sustancial: si el acaecimiento de la fuerza mayor altera las condiciones del contrato y hace más onerosa su ejecución, ocasionando sobrecostos no previstos, se genera un desequilibrio económico contractual que implica una modificación a lo acordado o un pronunciamiento del juez del contrato.

Por último, vale la pena señalar que para los contratos que se suscriban durante la emergencia decretada por el Gobierno, la pandemia o los actos de autoridad alegados como eventos relacionados con el COVID-19 difícilmente se tendrán como imprevisibles e irresistibles, salvo por el padecimiento directo de la enfermedad y la debida diligencia tendrá una carga mayor.

Por lo anterior, resulta particularmente relevante, al momento de suscribir nuevas pólizas de cumplimiento durante esta emergencia, establecer con claridad y precisión qué riesgos asume el contratista y si está en capacidad de mitigarlos, si existe un tratamiento sobre los sobrecostos imprevistos que señale unos topes y porcentajes compartidos entre el contratante y el contratista, si existen mecanismos de compensación de riesgos adecuados para la nueva realidad contractual, y si están enlistadas nuevas causales eximentes de responsabilidad que sean concretas para esta contingencia y que equilibren los riesgos asumidos por el contratista y la entidad contratante, para citar solo algunos aspectos que generen seguridad jurídica al garante, eviten el siniestro y brinden estabilidad a la ejecución contractual para ambas partes. 