

ANÁLISIS DE LA IMPREVISIBILIDAD Y LA IRRESISTIBILIDAD COMO LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA FUERZA MAYOR

Por: Valentina Silva, Sofía Echeverry y Luis David Malaver*

Resumen. *El presente escrito tiene por objetivo dar unos criterios claros y precisos que permitan esclarecer los elementos de la fuerza mayor, es decir, la imprevisibilidad e irresistibilidad, debido a que el vasto estudio, tanto doctrinal como jurisprudencial, frente a esta figura, ha derivado en conceptualizaciones incompletas y por tanto inciertas. En la búsqueda de resolver tal problema, nuestro estudio busca establecer que la imprevisibilidad debe ser analizada bajo la óptica de la normalidad, la probabilidad y la razonabilidad, teniendo en cuenta la diligencia exigible y que, a su vez, la irresistibilidad atiende a un estudio en concreto de las circunstancias subjetivas del deudor en relación con la posibilidad de evitar las consecuencias del evento sobrevenido.*

Sumario: *Introducción. 1. Generalidades de la fuerza mayor. 2. La imprevisibilidad. 2.1. Desarrollo jurisprudencial. 2.2 Desarrollo doctrinal. 2.3. Propuesta sobre elementos de la imprevisibilidad. 2.3.1. El papel central de la normalidad, la razonabilidad y la probabilidad en la configuración de la imprevisibilidad. 2.3.2. La diligencia exigible en la previsión. 3. La irresistibilidad. 3.1 Desarrollo doctrinal y jurisprudencial 3.2. Análisis de la imposibilidad de resistir y propuesta 4. Conclusión. Referencias.*

Palabras clave: fuerza mayor, imprevisibilidad, irresistibilidad, normalidad, probabilidad, razonabilidad, diligencia, posibilidad.

* Estudiantes de pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

INTRODUCCIÓN

La ocurrencia de distintos hechos no esperados en cualquier esfera de la vida social y personal de todo hombre, siempre ha sido un escenario de discusión y preocupación, pues son estos eventos sobrevenidos los que en la mayoría de ocasiones terminan modificando las formas de vida y de conducta de las sociedades, sacando a los individuos de su zona de confort y obligándolos a improvisar respuestas para buscar superarlos; una prueba de ello es la pandemia del COVID-19 que hasta ahora parece estar cesando.

Desde el punto de vista jurídico, se creó la fuerza mayor o el caso fortuito como una categoría, entre otras, que busca dar respuestas a esos hechos no convencionales que afectan las relaciones sociales¹, tal figura ha sido definida constantemente tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, centrando su explicación en los dos elementos que la componen: la imprevisibilidad y la irresistibilidad. Sin embargo, tales elementos han sido conceptualizados desde tautologías que evidentemente no logran dar claridad sobre la figura ni mucho menos permite que la misma tenga un margen de aplicación real. Atendiendo a esta problemática, este escrito tiene por objeto precisar los criterios sobre los cuales se centra la fuerza mayor acercando esta figura más al ámbito fáctico que al estudio netamente teórico. Para ello, en primer lugar, se definirá la fuerza mayor, posteriormente, se hará alusión a los criterios que la integran y se estudiará con profundidad el criterio de la imprevisibilidad para recaer finalmente en nuestra propuesta al respecto y poder finalizar con el criterio de la irresistibilidad, todo esto desde el ámbito contractual.

¹ “La existencia del derecho depende de la existencia de determinados hechos sociales”, VILLAJOSANA, Josep. “La construcción social de la realidad jurídica”, Barcelona: *Revista de Ciencias Sociales*, 2010, n.º 4, p. 8-10; a su vez se debe señalar que la realidad social está conformada por hechos convencionales y no convencionales, teniéndose que diferenciar que son los participantes quienes generan los hechos convencionales y lo hacen de manera consciente al realizar un comportamiento reiterado. Por ende, a nuestro entender son hechos no convencionales aquellos que no son reiterados, como los constitutivos de fuerza mayor “que afectan las relaciones nacidas del efecto de las obligaciones y de los contratos”, ESCOBAR MENESES, Ernesto, “Concepción de la fuerza mayor o caso fortuito en el derecho civil colombiano”, *Estudios de derecho*, 1923, vol. 9, n.º 94, p. 2176.

1. Desarrollo, concepto, elementos y efectos de la fuerza mayor

Partiendo del derecho romano, los eventos sobrevenidos que llegan y alteran lo pactado han tenido un constante análisis y tratamiento histórico, pues desde un inicio se consideró la pérdida de la cosa por circunstancias externas no imputables al deudor, como un modo de extinción de las obligaciones² cuando estas tenían por objeto un cuerpo cierto -*species*-, *contrario sensu* perpetuándose la obligación cuando el débito prestacional consistía en un bien de género -*genus*-³. Dada esta solución, los antiguos romanos encasillaron aquellos eventos que imposibilitaran la prestación en dos: i) *el casus* y, ii) *la vis maior*; que, si bien eran dos categorías distintas, pues el primero era aquel evento que no se podía prever, mientras que la segunda era aquella fuerza que no se podía resistir⁴, tal como lo expresaban los juristas Ulpiano⁵ Y Paulo⁶, ambas coincidían en tener el mismo efecto práctico en la obligación el cual era su extinción⁷.

² IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano, historia e instituciones*, 18^a ed., Madrid: Sello Editorial, 2010, p. 326.

³ ARGÜELLO, Luis. *Manual de Derecho Romano, historia e instituciones*, 3^a ed., Buenos Aires: Astrea. 1998, p. 392. PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires: Albatros, p. 650-651.

⁴ FRANCO LEGUIZAMO, Camilo. "Caleidoscopio de la fuerza mayor (derecho comparado e internacional)". *Revista e-Mercatoria*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, vol. 8, n.º 1, 2009, p. 3.

⁵ D.19.2.15.2: "Si hubiere sobrevenido fuerza de temporal calamitoso, veamos si el arrendador deberá ser responsable de algo al arrendatario. Servio dice, que el dueño debe ser responsable al colono *de toda fuerza que no pueda resistirse*, como por ejemplo, de ríos, de grajos, de estorninos..." (subrayado y en cursiva fuera del texto) En esta fuente Ulpiano nos trae el concepto de *vis maior*, con varios ejemplos como era propio de la casuística romana, los cuales tienen como punto clave la irresistibilidad del hecho, que se traduce en una distribución del riesgo la cual nace al momento en que se extingue la obligación, como se explicará en la nota al pie 7; D.50.8.2.7: "Si uno era abonado al tiempo en que fue nombrado, y habiendo sufrido después quebranto en sus bienes hubiere causado con sus deudas daño a la república, *como quiera que ninguna humana inteligencia puede prever los casos fortuitos*, el que nombró no debe responder de nada por tal motivo". (cursiva fuera del texto) apreciándose el concepto de caso fortuito que está relacionado con la imprevisibilidad del suceso y que tiene como efecto jurídico la ausencia de responsabilidad.

⁶ D.4.2.2. "Pero fuerza es el ímpetu de cosa mayor, *que no se puede repeler*" (cursiva fuera del texto), Paulo acá hace mención al elemento clave distintivo de la *vis maior*, la irresistibilidad.

⁷ Una vez extinta la obligación, es importante tener en cuenta quien debe asumir la pérdida fruto de esa circunstancia sobrevenida, en derecho romano hablándose de *periculum o damnum*, y en derecho contemporáneo de riesgo. Así pues, se tiene que el *periculum* está a cargo del acreedor pues el deudor se encuentra liberado de su obligación. CHAMIE, José Félix. *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 33-34.

Así pues, con el devenir de los siglos estos postulados romanos nutrieron el código civil francés⁸. Nuestro código civil adoptó tanto la fuerza mayor *-vis maior-* como el caso fortuito *-casus-* en el artículo 64⁹, bajo el siguiente tenor: “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”. Evidenciándose la unión conceptual que en nuestra normativa civil se les dio a estas dos figuras con la irresistibilidad e imprevisibilidad como elementos característicos. Por lo anterior, pudiéndose iniciar una discusión sobre si estas dos construcciones del derecho son una misma, o equivalen a situaciones diferentes, pero siendo necesario poner de presente como bien lo afirma Hinestroza que estas “dos figuras corresponden a una misma noción”¹⁰.

Si bien es un acierto que nuestra legislación civil de una definición jurídica amplia que reúna todos aquellos eventos sobrevenidos que pueden afectar el contrato; es criticable el hecho de que, a diferencia del derecho romano, no se haya señalado inmediatamente cuál es la consecuencia jurídica ante la ocurrencia de estos hechos imprevisibles e irresistibles, es decir, la exoneración de responsabilidad. Por lo cual,

⁸ “El Código Civil francés encuentra su antecedente más lejano en la “codificación” de Justiniano, el *Corpus Iuris Civilis*, preparada por orden del emperador romano, en Constantinopla, entre los años 529 a 533, pero, más concretamente en las Instituciones de Gayo y Justiniano, de donde recoge su ordenación sistemática”, RAMOS NUÑEZ, Carlos., “El Código Napoleónico: Fuentes y Genesis”, *Revista Derecho y Sociedad*, Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 10, 1995, p. 153.

⁹ Franco, C., “Caleidoscopio de la fuerza mayor...”, cit., 17.

¹⁰ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 775; MURIEL, Natalia. “El caso fortuito y la fuerza mayor como eximentes de responsabilidad- análisis y comparación del sistema jurídico colombiano y de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías”. Monterrey: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 2012, p. 41, disponible en: https://repositorio.tec.mx/bitstream/handle/11285/573050/DocsTec_12457.pdf?sequence=1&isAlloved=y. En el mismo sentido otros autores apoyan esta misma tesis denominada por la doctrina como monista pues no hay un interés práctico en distinguir entre fuerza mayor y caso fortuito: ORTIZ, Álvaro, VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho civil: de las obligaciones*. Tomo III, 9ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 379.

la sistemática del propio código¹¹, la jurisprudencia¹² y la doctrina¹³, han tenido que llenar este vacío normativo con la solución romana.

Así pues, al haberse explicado brevemente el origen y el concepto de la fuerza mayor como categoría jurídica, como también sus efectos jurídicos, es imperativo centrarnos en el objeto de este texto; el análisis de la imprevisibilidad y la irresistibilidad¹⁴ como los elementos constitutivos de la figura en comento¹⁵, con el

¹¹ El artículo 1604 del Código Civil afirma que el deudor no es responsable del caso fortuito. Por su lado, el artículo 1983 del mismo estatuto, asevera que el arrendador no tendrá que pagar indemnización de perjuicios al arrendatario cuando el incumplimiento en la entrega de la cosa arrendada provenga de fuerza mayor o caso fortuito. Así, entre otros ejemplos.

¹² “Es evidente que la fuerza mayor tiene virtud exonerativa de responsabilidad”, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 20 de abril de 1963; “No obstante, el contratante reprochado puede beneficiarse de la exoneración, por haberse materializado, en rigor, una fuerza mayor o caso fortuito”, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de junio de 2000, exp. 5475; “caso fortuito o fuerza mayor como fenómenos exonerantes de responsabilidad”, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de octubre de 1993, exp. 3776.

¹³ “Solamente se ha considerado como factor exonerante del cumplimiento de las obligaciones el caso fortuito o fuerza mayor, esto es, el hecho extraño al agente, imprevisible e irresistible”, OSPINA, Guillermo., OSPINA, Eduardo. *Teoría General del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Bogotá: Temis S.A., 1994, p. 103; “La regla general es que el deudor se libera cuando la prestación se hace imposible por causa extraña a él: caso fortuito o de fuerza mayor”, HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones, cit., p. 773*.

¹⁴ “Imprevisibilidad e irresistibilidad son, pues, los dos elementos que, in casu, permiten calificar la *vis maior* o *casus fortuitus*, ninguno de los cuales puede faltar a la hora de establecer si la situación invocada por la parte que aspira a beneficiarse de esa causal eximente de responsabilidad, inmersa en la categoría genérica de causa extraña, puede ser considerada como tal”, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de julio de 2005, exp. 050013103011-1998 6569-02.

¹⁵ En pronunciamientos de este siglo la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha considerado la “ajenidad” como un tercer requisito y elemento constitutivo de la fuerza mayor, así: “Para que un hecho pueda considerarse como fuerza mayor o caso fortuito, a más de ser imprevisible e irresistible, debe obedecer a una causa extraordinaria, ajena al agente, a su persona o a su industria”, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de junio de 2009, exp: 11001-3103-020-1999-01098-01. Al igual que doctrinantes como Tamayo Jaramillo que en su Tratado de la Responsabilidad Civil considera que la “Causa extraña es aquel evento irresistible y jurídicamente ajeno al demandado”, y “que el caso fortuito, y la fuerza mayor son idénticos a condición de que conserva su no imputabilidad al deudor, esto es, que le sean externos jurídicamente”. Opiniones que a nuestro parecer no implementan un requisito novedoso y propio de la figura, pues el hecho de exigir que el acontecimiento susceptible de convertirse en fuerza mayor provenga de una esfera exterior al deudor, ajeno a él, no es más que el análisis de su culpa o dolo, es decir, que la ajenidad del evento es el estudio de la conducta del deudor, presupuesto que inherentemente está atado a la responsabilidad como uno de los dos elementos estructuradores de la obligación y no al análisis de las causas extrañas que generan exoneración de responsabilidad. En otras palabras, el comportamiento del deudor y su observación busca determinar si hubo un incumplimiento del contrato, y no un escenario de exoneración por fuerza mayor, siendo obvio señalar que esto no quiere decir que se acepte la tesis de que el comportamiento culposo puede ser un *casus*. Respecto de la obra de Tamayo, TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, 8.^a ed., T. II. Bogotá: Legis, 2015, p. 10 y 107.

fin de elaborar unos criterios diferenciadores y claros que permitan saber cuándo un evento es imprevisible, cuales eventos se deben prever, y bajo que óptica se debe ver la irresistibilidad del hecho. Siendo para esto necesario referirnos a un análisis desde varios puntos de vista.

2. IMPREVISIBILIDAD

Con ese ánimo, las siguientes líneas se ocuparán de desarrollar el primer elemento constitutivo de la fuerza mayor, el cual es la imprevisibilidad, haciendo mención a la jurisprudencia y seguidamente a la doctrina.

2.1. Desarrollo Jurisprudencial

El diccionario de la Real Academia Española define la imprevisibilidad como aquello que “no puede ser previsto”, es decir, que no se puede “ver con anticipación”. No obstante, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 2000¹⁶ demarcó que la imprevisibilidad no puede ser desentrañada con arreglo a su significado netamente semántico según el cual es “imprevisible aquello que no se puede prever y prever a su turno es “ver con anticipación”, porque esto podría llevar a “extremos irritantes, a fueros antijurídicos, habida cuenta de que una interpretación tan restrictiva haría nugatoria la posibilidad real de que un deudor, según el caso, se liberará de la responsabilidad en virtud del surgimiento de una causa extraña”, puesto que “tal como lo dicen los profesores Henri y León Mazeaud, no podría bastar para excluir la imprevisibilidad una simple posibilidad vaga de realización”. Por ello, el contenido que se debe dar a tal concepto debe tener “un significado prevalentemente jurídico, antes que gramatical”.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia empezó el desarrollo jurídico de la imprevisibilidad como categoría, así en sentencia del 5 de julio de 1935¹⁷ especificó que la imprevisibilidad se mide a partir de “la normalidad o la frecuencia del suceso”, es otras palabras, que “el hecho respectivo en el terreno de lo probabilístico, no sea

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de junio de 2000, exp. 5475.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de julio de 1935.

lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él”¹⁸.

Posteriormente, en sentencia de 1945¹⁹, la corte definió la imprevisibilidad como aquello que “no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad”, además, puntualizó que “hay obligación de prever lo que es suficientemente probable no lo que es suficientemente posible”. De la misma manera, en sentencia de 1961²⁰, fijó que es imprevisible aquello que “dentro de los cálculos ordinarios o circunstancias normales de la vida no haya sido posible al agente o deudor contemplar por anticipado su ocurrencia” y en sentencia de 1965²¹ enunció que este elemento está ligado a los acontecimientos que “suceden en el transcurso ordinario de la vida”. Estas cuatro sentencias dan lugar a dos conclusiones (i) se asocia la imprevisibilidad a la normalidad, pero ¿Qué es la normalidad?, y (ii) se liga la normalidad a la probabilidad y se diferencia de la posibilidad, empero ¿Cuáles son los criterios generales que, en un caso concreto y de forma imparcial, le permiten al juez diferenciar lo que es probable de lo que es posible?

En los siguientes años, se evidenció un retroceso, puesto que ni siquiera se enunció de manera general una definición de imprevisibilidad, sino que simplemente se sobrentendió o se recurrió a sinónimos; incluso ya en sentencia de 1963²² se nombró que la imprevisibilidad “consiste en que el hecho que se invoca como constitutivo no se derive de la conducta culpable del obligado”. Asimismo, en sentencia del 10 de abril de 1978²³ la corte definió como imprevisible aquel hecho que no “es susceptible de ser humanamente previsto” y en sentencia del 19 de julio de 1998²⁴ como aquel hecho que “se presenta sin que haya mediado razón alguna

¹⁸ *Ibid.*; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de octubre de 1993, exp. 3776.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de septiembre de 1945.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de septiembre de 1961.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 31 de mayo de 1965.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 20 de abril de 1963.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 10 de abril de 1978.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de julio de 1998.

que hubiere permitido prever su suceso” en otras palabras, se entendió la imprevisibilidad como lo no previsible sin ahondar en algo más.

Ahora bien, en vista de la necesidad de dar criterios generales para seguir en casos concretos, por primera vez, en sentencia del 23 de junio del 2000²⁵ la corte fijó como imprevisible “el acontecimiento que no es viable contemplar de antemano, examinando en cada situación (...) los siguientes criterios: 1) el referente a su normalidad y frecuencia; 2) el atinente a la probabilidad de su realización; y 3) el referente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo”. Esto fue reiterado en tres sentencias del 2005²⁶ y en sentencias del 2007²⁷, 2009²⁸, 2015²⁹, 2016³⁰, 2018³¹, 2019³² y 2020³³.

Sin embargo, el intento por definir la imprevisibilidad, incluso enunciando dichos criterios, no ha tenido éxito porque, como ya se mencionó, el criterio de “normalidad” sin un significado específico es muy ambiguo; segundo, la “probabilidad” no puede ser en un criterio inequívoco, puesto que como se verá es simplemente uno de los elementos propios del concepto de imprevisibilidad; y tercero, el “carácter excepcional” es innecesario, debido a que al definir específicamente lo previsible como lo normal, entonces, lo imprevisible será lo excepcional o anormal.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de junio de 2000, exp. 5475.

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 29 de abril de 2005, exp. 0829-92; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de julio de 2005, exp. 050013103011-6569; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 21 de noviembre de 2005, exp. 11001-3103-003-1995-07113-01.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 31 de enero de 2007, exp. 2000-5492-01.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de febrero de 2009, exp.73319-3103-002-2001-00013-01.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de mayo de 2015, exp. 11001-31-03-024-2009-00429-01.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de diciembre de 2016, exp. 05001-3103-011-2006-00123-02.

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de abril de 2018, exp. 08001-31-03-003-2006-00251-01.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de noviembre de 2019, exp. 08001-31-03-014-2007-00181-01.

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 3 de marzo de 2020, exp. 11001-02-03-000-2015-00713-00.

Tras el recuento jurisprudencial realizado, es evidente que la Corte Suprema de Justicia no ha tenido éxito en establecer las pautas que permitan discernir de manera clara, concisa y justa cuándo un hecho puede ser catalogado como imprevisible, por el contrario, lo que ha logrado es una mayor confusión y falta de seguridad jurídica. Prueba de ello, es la existencia de casos en que, a pesar que su supuesto de hecho es similar, la solución ha sido totalmente diferente, lo cual viola el derecho a la igualdad, a la justicia, al debido proceso y visibilizada el desproporcionado margen de discrecionalidad que se le ha dado a los jueces como consecuencia de la ausencia de criterios claros.

Verbigracia en la sentencia del 19 de julio de 1996³⁴, la Corte Suprema de Justicia no casó la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en la cual exoneraba de responsabilidad a la Cooperativa de Transportadores del Sur Limitada “CONTRASUR” por fuerza mayor³⁵. En el caso específico, Seguros Antorcha de Colombia S.A., quien se había subrogado en los derechos y acciones de Química Shering Colombiana S.A., demandó a la empresa CONTRASUR para que la declararan civilmente responsable de la falta de entrega de 903 bultos de herbicidas que fueron robados por un grupo subversivo en el departamento del Cesar.

Concretamente, el 14 de agosto de 1989, en horas de la madrugada un grupo subversivo irrumpió en el parqueadero “el Paisa” en la población de San Roque y saqueó varios vehículos entre los cuales se encontraba el que llevaba los bultos de herbicidas. Al realizar el análisis de este supuesto, el tribunal encontró probada la fuerza mayor dado que se configuró: (i) la imprevisibilidad, puesto que ninguna

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de julio de 1996, exp 4469.

³⁵ Cabe aclarar que se analizaron los argumentos de segunda instancia dado que la Corte Suprema de Justicia no casó la sentencia con base en que los dos cargos propuestos en casación fueron infundados. El primer cargo porque al estar referido a la violación directa de la ley, al casacionista no le era dable apartarse del análisis de los hechos efectuado por el Tribunal y aún así lo hizo, y el segundo cargo, que versaba sobre el fenómeno de la previsibilidad del asalto, debido a que el recurrente confundió el error de hecho y de derecho.

persona, colocada en la misma circunstancia, habría podido prever el ataque guerrillero, además, se había dejado el vehículo bajo custodia, por lo cual, se había tenido un comportamiento diligente; y (ii) la irresistibilidad, debido al carácter sorpresivo de la incursión, el número de atacantes, la forma como operaron, y el hecho de que todos los vehículos que se encontraban en el parqueadero fueron saqueados.

Por otro lado, en la sentencia del 3 de septiembre de 2015³⁶ la Corte Suprema Justicia revocó la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la cual exoneraba de responsabilidad a Carrier Zona Franca S.A. dado que no se probó la satisfacción de los presupuestos de la acción de responsabilidad civil contractual ni de la subrogación. En su lugar, declaró a la demandada responsable, la condenó a pagar el valor de las mercancías que habían sido hurtadas en unas bodegas de Miami a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. y declaró no probada la excepción de fuerza mayor.

En el caso concreto, Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., quien se había subrogado en los derechos y acciones de Intcomex Colombia Ltda., demandó a Carrier Zona Franca S.A. por el incumplimiento de un contrato de transporte multimodal debido a la falta de entrega de parte de la mercancía que se había comprometido a transportar de Miami a Bogotá. Tal incumplimiento tuvo origen en el hurto de las mercancías que se encontraban en una bodega de Miami a cargo del embarcador Advanced Logistics Inc, aunque había sistema de seguridad, alarmas y cámaras.

A pesar que la empresa transportadora Carrier Zona Franca S.A. alegó como eximente de responsabilidad la fuerza mayor, la Corte Suprema de Justicia la encontró responsable debido a las siguientes consideraciones (i) el hurto es uno de los hechos que el deudor esta obligado a prever e impedir, y la única forma de eximirse de responsabilidad por aquel es probando que fue imposible eludirlo; (ii) la

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 3 de septiembre de 2015, exp. 11001-31-03-024-2009-00429-01.

transportadora no demostró que hubiera actuado con la diligencia y el cuidado que eran requeridos, pues los mecanismos de protección no podían satisfacerse sólo con un sistema de alarmas, cámaras y vigilancia exterior; y (iii) la época en la que sucedió el hecho facilitaba la acción de los delincuentes, puesto que la fecha en que acaecieron los hechos era el día de la independencia de Estados Unidos.

Teniendo en cuenta los dos casos anteriores se pueden evidenciar dos contradicciones, por un lado, en la primera decisión nunca se analizó si el hurto por parte de grupos subversivos había ocurrido o no anteriormente en la zona, mientras que, en la segunda decisión, incluso se tuvo en cuenta la fecha especial en que tuvieron lugar los hechos. Asimismo, en el primer caso fue suficiente la vigilancia empleada al dejar el vehículo lleno de mercancía en un parqueadero para concluir que se habían tomado las medidas necesarias, mientras en el segundo caso, no fue suficiente la existencia de un sistema de seguridad, alarmas y vigilancia exterior en la bodega para probar que se habían tomado las medidas conservativas de cuidado.

Si en los supuestos mencionados, se hubieran aplicado iguales criterios respecto a si tener en cuenta el contexto o no y la determinación de la suficiencia de las medidas adoptadas de acuerdo a la normalidad, la razonabilidad y la diligencia, la decisión podría haber sido diferente. De esta forma, se demuestra que hay falta de claridad sobre lo que se entiende por imprevisibilidad y como ha de ser evaluada, lo que conlleva a contradicciones en la solución de casos concretos.

2.2. Desarrollo doctrinal

Del análisis anterior es claro que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia no ha modificado de una manera unánime su jurisprudencia respecto al tema en todo un siglo, ya que, desde la posición dada por la Corte de oro, casi ninguno ha sido un análisis innovador y completo acerca de la procedencia de esta fuerza liberadora³⁷.

³⁷ FRANCO LEGUIZAMO, Camilo. “*Caleidoscopio de la fuerza mayor*”, *cit.*, p. 17.

Dado que la jurisprudencia ha mantenido una posición irregular respecto a la imprevisibilidad, la necesidad de actualización se podría creer que quedaría en manos de la doctrina; trabajo que les exigía separarse del concepto de imprevisión dado frente a la perspectiva única y simple de la no anticipación, el cual en aras de darse fuerza a sí mismo, se ha adjudicado las características de “acontecimiento sorpresivo, súbito, excepcional o de rara ocurrencia”³⁸. Pese a que este concepto parte de una premisa correcta, el mismo requiere más que la suma de unas características específicas, que el derecho sea vigilante de la realidad social y busque la adecuación del ordenamiento a las exigencias sociales actuales. Pues tal como está el concepto ahora, en lugar de generar una admisión comprensiva de circunstancias liberatorias, solo ha logrado una verdadera imposibilidad exonerativa³⁹.

De tal efecto es que doctrinantes desde los Mazeaud hasta Tamayo Jaramillo han buscado resolver este interrogante y dar la definición adecuada de la imprevisibilidad, aquella que reúne todos los elementos para atender al caso. Los Mazeaud⁴⁰ basaron su definición en una idea de razón especial, Cornú⁴¹ basó todo su modelo en la normalidad, Tamayo Jaramillo intentó recopilar todas las teorías que se han dado en su “Tratado de responsabilidad civil”⁴², reuniendo 5 diferentes tesis acerca de la imprevisión: i) Lo imprevisible como lo inimaginable antes de su ocurrencia, ii) como lo no imaginable en forma absoluta, iii) como el hecho de rara ocurrencia, iv) lo previsible como las probabilidades reales de su ocurrencia, y v) La teoría según la cual es previsible lo que se sabe que ocurrirá con certeza.

³⁸ CAMPOS CUESTA, Lorena. “Incidencia del concepto de previsión en los elementos de la responsabilidad civil en Colombia”. *Revista de Derecho Privado*. Bogotá: *Universidad Externado de Colombia*, n.º 35, 2018, p. 254.

³⁹ FRANCO LEGUIZAMO, Camilo. “Caleidoscopio de la fuerza mayor”, *cit.*, p. 17.

⁴⁰ Afirmaron que un evento era imprevisible significa que no había ninguna razón especial para pensar que este evento se produciría MAZEUD, Henri; MAZEUD, León y TUNC, André., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, T. II, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa América, 1963.

⁴¹ Quien define “lo previsible como lo que normalmente se puede esperar y que, por tanto, puede preverse razonablemente; término empleado en el daño, el evento o suceso y en el riesgo”. En CAMPOS CUESTA, Lorena. “*Incidencia del concepto de previsión*”, *cit.*, p. 246.

⁴² TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*” *cit.*, p. 28-38.

Con base en lo anterior, es que procederemos a realizar un breve estudio y crítica de estas teorías recopiladas por Tamayo Jaramillo. Así pues, la primera postura parte de la idea de que sea inimaginable el evento para que pueda ser considerado como imprevisible, esta premisa nos muestra un concepto objetivo. Una perspectiva así de rígida solo podría entender por causa extraña aquello que jamás hubiera podido pasar por la mente de las partes, eso descarta casi de plano cualquier evento y conduciría a que en la práctica los tribunales casi nunca acepten un hecho como constitutivo de fuerza mayor⁴³.

El problema de esta tesis no es solo su posición férrea para el análisis, sino que la misma no se soporta en ningún criterio de valoración. Por ello, las siguientes teorías buscaron tener un criterio clave que resolviera el cuestionamiento frente a que es previsible y que es imprevisible. Fue así como la siguiente tesis subsumió esa misma idea de lo imprevisible como lo inimaginable de forma absoluta, pero esta vez considerando todo a la luz de la posibilidad. Así, pese a que técnicamente todos los hechos que intervienen en el devenir del universo son previsibles, en tanto, que el hombre conoce de ellos, sólo podría considerarse como imprevisible aquello que jamás haya ocurrido, o por lo menos aquello cuya ocurrencia el hombre jamás haya conocido, algo que no esté considerado siquiera dentro de las posibilidades⁴⁴.

La idea de posibilidad ha sido estudiada largamente, sin embargo, el problema de esta tesis es que, pese a agregar implícitamente un criterio para estudiar no deja de ser inflexible, usar la posibilidad como criterio es un acierto, empero la posibilidad no puede ser vista como lo que no era posible de ver desde ninguna perspectiva, sino que se debe entender que "la posibilidad de prever eventos dañosos o perjudiciales depende de las circunstancias de cada caso concreto"⁴⁵. La posibilidad

⁴³ *Ibid.*, p. 28-29.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 29-31. Esta tesis también ha sido criticada por la jurisprudencia, de la siguiente manera: "por tanto, tal como lo dicen los profesores Henri y León Mazeaud, no podría bastar para excluir la imprevisibilidad una simple posibilidad vaga de realización". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de junio del 2000, exp. 5475.

⁴⁵ DIEZ SOTO, Carlos., y GONZALEZ, Isabel. "Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y los efectos derivados del covid-19 sobre las relaciones contractuales: una perspectiva desde el derecho español", *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, vol. 13, n.º 1, 2021, p. 199. En relación a lo expresado en la STS del 20 diciembre 1985 (RJ 6695).

“no debe apreciarse respecto de una idea abstracta de la producción, alteración o circunstancia determinante del cambio, considerada en sí misma, sino en el contexto económico y social en el que incide”⁴⁶.

La siguiente hipótesis trató de alejarse de modelos drásticos y buscó morigerar el criterio centrándolo únicamente en la idea de la probabilidad. La tesis intentaba centrar esto en un caso específico calificando como previsible únicamente aquello que tenía probabilidades reales de ocurrencia. Esta idea de probabilidad real exigía un elemento de fiabilidad e implicaba que la probabilidad fuese de tal magnitud que permitiera interpretar tal dato como un evento que efectivamente podía ser replicado en la realidad del caso. Esta tesis no era como las anteriores, pues difería de ver algo imprevisible como cualquier cosa que no pudiera preverse como imaginable, sino que en el caso concreto y en atención a las condiciones de tiempo, modo y lugar un acontecimiento pudiera preverse como probable⁴⁷.

Sin embargo, tal criterio por sí solo es insuficiente, pues puede que siempre esté latente la probabilidad real de que ocurra un acontecimiento y no por ello se puede impedir la exoneración por vía de la fuerza mayor. Tamayo Jaramillo ilustra esta crítica aludiendo al contrato de transporte, así:

“en la situación actual del país es claro que el transportador tendrá siempre la probabilidad real de ser despojado de las mercancías por los denominados piratas terrestres. Y sería absurdo concluir que por esa probabilidad real el transportador jamás pueda exonerarse de responsabilidad si es asaltado y robada la mercancía”⁴⁸.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 227. En sentencias del Tribunal Supremo Español: SSTS de 17 mayo 1957 (RJ2164), 21 noviembre 1988 (RJ2228), 16 octubre 1989 (RJ6927), 23 abril 1991 (RJ 3923), 29 enero 1996 (RJ737), 15 noviembre 2000 (RJ 9214: de admitirse la rebus a favor del comprador que había incumplido su obligación de pagar el precio "sería de mejor condición la incumplidora, frente a la que, por haber cumplido, no podría acudir a dicha cláusula "), 27 mayo 2002 (RJ4573) y 11 diciembre 2014 (RJ6374). 194 según la STS de 30 junio 2014 (RJ 3526).

⁴⁷ HERRERA ROMERO, Ana María. “La suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito. análisis de la institución en los tiempos del covid-19”, 2020, p. 24, disponible en: https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/24430/ANAMARIA_HERRERAROMERO_2020.pdf?sequence=2&isAllowed=y; en atención a la Sentencia la Corte Suprema de Justicia del 23 de junio de 2000 ya citada.

⁴⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. “*Tratado de responsabilidad civil*”, *cit.*, p. 32.

En consecuencia, esta tesis tampoco logra determinar un concepto inequívoco de imprevisibilidad.

El siguiente modelo responde a la concepción de “rara ocurrencia”. Dicho postulado alude a que, si un hecho se produce en forma más o menos reiterada o frecuente, el demandado no podrá exonerarse, en ese entendido, si tal acontecimiento es frecuente y más aún, si suele presentarse con cierta periodicidad, no da lugar a un caso fortuito. Este modelo tiene puntos en concreto que son acertados, sin embargo, la crítica a la que se enfrenta atiende a que, pese a su aparente lógica, en efecto, hay múltiples acontecimientos que de hecho se producen en forma periódica o reiterada y que no constituyen una causa extraña⁴⁹.

La última tesis propone una carga de determinación del evento, busca definir la imprevisión desde un modelo de certeza, y pese a que a primera vista este modelo parece aludir a criterios yuxtapuestos, la misma en realidad sostiene que se ha de entender únicamente como previsible aquello que se sabe con certeza, la convicción que ha de ocurrir; y aunque se le podría abonar que esta teoría busca precisar la idea de probabilidad a nuestro parecer la enfoca de forma errónea⁵⁰.

2.3. Propuesta sobre elementos de la imprevisibilidad

Entendiendo que, pese al gran esfuerzo doctrinal y jurisprudencial por hacer frente a este problema, ninguna de las teorías y conceptualizaciones mencionadas han logrado entregar unos criterios que permitan dar certeza al estudio de la imprevisibilidad. Con el fin de contribuir en tal discusión y en el intento de allanar este interrogante es que introduciremos nuestra propuesta frente al tema.

2.3.1. El papel central de la normalidad, la razonabilidad y la probabilidad en la configuración de la imprevisibilidad

Como señalamos, el estudio extenso tanto de la jurisprudencia como de la doctrina alrededor de la conceptualización de la imprevisibilidad ha tenido muchos matices y desarrollos ambiguos, y en nuestro criterio cada teoría doctrinal formulada tiene

⁴⁹ *Ibid.*, p.35.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 38.

un buen elemento, y parte de un correcto análisis, pues refleja la evolución de la discusión que en un momento partía de un modelo objetivo⁵¹ de imprevisión a buscar el criterio clave que resolviera el problema. Sin embargo, creemos que el punto es que no hay un solo elemento que resuelva este complejo tema de la determinación de la imprevisibilidad, sino que la respuesta se haya en la unión de varios criterios que permiten allegar a una conceptualización acertada. Proponemos por ello no ver solo la imprevisibilidad como certeza, probabilidad, posibilidad, etc., sino desde un conjunto, donde es solo previsible aquello normal y razonable⁵² con probabilidad de ocurrencia según el caso concreto.

Esta tesis formula un cambio de perspectiva, ya que saca la probabilidad de un modelo abstracto hacia la verificación de un evento en específico. La probabilidad no puede ser vista desde la generalidad, tal visión dota a la previsibilidad de una noción objetiva cuando está en realidad es subjetiva, en el entendido de que debe apreciarse teniendo en cuenta las condiciones particulares de las partes, vale decir, sus conocimientos y experiencia en una determinada profesión o negocio⁵³.

⁵¹ Entendido como un análisis de la imprevisibilidad en torno a lo inimaginable, sin consideración a las particularidades del caso concreto.

⁵² “La razonabilidad, en otras palabras, como toda cláusula general es un concepto relativo que asume su significado según el ordenamiento jurídico, compuesto de valores propios, y de propias ideologías, en el que opera. Al cambiar, los valores normativos, al modificarse las reglas y el sistema de referencia, mutará también el criterio de razonabilidad, esto es, aquello que para tal determinado sistema resulta razonable o no”, PERLINGIERI, Giovanni. *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el derecho civil*, LUNA, A., (trad.), Madrid: Dykinson, 2015, p. 37-41; “la razonabilidad es un concepto indeterminado que es capaz de adaptarse al cambio de la sociedad o la variabilidad de la exigencia social... en derecho privado del *common law* el estándar de la razonabilidad encuentra su mayor exponente en la figura de la “persona razonable”, este... es un modelo ideal de una conducta socialmente aceptable, inspirada en el sentido común y el equilibrio”, TORRELES, Esther. “El criterio de la razonabilidad. Un elemento reequilibrador del contrato”, en GRAMUNT, M., FLORENSA, C. (coord.) *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*. Madrid: Editorial Dykinson, 2017, p. 182. A nuestro parecer siendo estas últimas palabras “sentido común y equilibrio” aquellas que logran aterrizar este concepto relativo para ser usado como un modelo que permita determinar la previsibilidad de un suceso, por supuesto, analizándose conjuntamente con la probabilidad y la normalidad del evento concreto.

⁵³ SILVA GARCÍA, Fernando. “Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral”, *Revista e-Mercatoria*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, vol. 6, n.º 2, 2007, p. 36. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que “los requisitos deben ser evaluados en cada caso particular –in concreto– “No así necesariamente a partir de un frío catálogo de eventos que, ex ante, pudiera ser elaborado en abstracto por el legislador o por los jueces, en orden a precisar qué hechos, irrefragablemente, pueden ser considerados como constitutivos de fuerza mayor”, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 29 de abril de 2005, exp. 0829-92; “La fuerza mayor no es una cuestión

Desde tal visión es que podemos conjugar la normalidad como un criterio para precisar aquello que entra en el mundo de las probabilidades, pues solo será entendido como previsible aquello que es probable atendiendo a las circunstancias normales de la esfera fáctica que rodea el negocio, ello implica que la probabilidad depende de un análisis de la normalidad, de las circunstancias particulares que rodean la actividad y, por consiguiente, se deben verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega la fuerza mayor⁵⁴. Nos referimos entonces a un estudio conjugado de las probabilidades junto con la normalidad, atendiendo todo al análisis del curso ordinario o habitual de los acontecimientos en el contexto en el que se desarrolla un contrato⁵⁵.

Esto implica que la apreciación de la imprevisibilidad se tendría primero que enfocar a un cálculo de probabilidad en la época de la negociación y perfeccionamiento del contrato, para asegurarse que el deudor podía razonablemente considerar el evento⁵⁶. Esta tesis en relación a nuestra propuesta plantea que, si bien es cierto, pese a que la normalidad y la probabilidad como criterios logran reducir el margen de lo que puede ser considerado o no como previsible, también debe responder a un modelo de utilidad, preverlo todo tampoco resulta fructífero si los costos de previsión superan los beneficios de la misma⁵⁷. Esto implica que el standard de previsibilidad tiene necesariamente que estar vinculado con los costos (rationales o irracionales) de contemplar en el contrato una contingencia determinada⁵⁸, acá

de clasificación mecánica de acontecimientos”, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 octubre de 1993, exp. 3776; “La calificación de un hecho como fuerza mayor o caso fortuito debe efectuarse en cada situación específica, ponderando las circunstancias (tiempo, modo y lugar) que rodearon el acontecimiento -acompañadas con las del propio agente”, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de junio de 2000, exp. 5475.

⁵⁴ PATIÑO, Héctor. “Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado”, Bogotá: *Revista de Derecho Privado*, n.º 20, 2011, p. 381.

⁵⁵ DIEZ SOTO, Carlos., y GONZALEZ, Isabel. “Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales”, cit., p. 227.

⁵⁶ MUNITA MARAMBIO, Renzo. “La fuerza mayor y sus interrogantes conceptuales: un análisis desde la perspectiva del derecho francés de la responsabilidad civil”. Chile: *Actualidad Jurídica*, 2014, n.º 30.

⁵⁷ BULLARD, Alfredo. “¿Hay Algo Imprevisible? La Excesiva Onerosidad y la Impracticabilidad Comercial”. Lima: *Themis Revista de Derecho*. 1993, n.º 25, p. 82.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 83.

debemos valorar y ante todo entender, que un contrato perfecto⁵⁹ no implica que el mismo contrato sea, en términos económicos, un contrato óptimo⁶⁰. La previsión requiere por tanto de un análisis de razonabilidad.

Lo anterior significa que la imprevisibilidad no debe interpretarse como una imprevisibilidad absoluta, sino como una imprevisibilidad razonable⁶¹. Ello determina que la situación debe ser juzgada teniendo en cuenta lo que personas que actuasen de buena fe y en la misma situación que las partes considerarían como razonable, “en particular al valorar que es razonable debe tenerse en cuenta la naturaleza y finalidad del contrato, las circunstancias del caso, y los usos y prácticas del sector comercial o profesional implicado”⁶². Bajo esta lógica, estos dos elementos (razonabilidad y normalidad) juntos logran ver la previsibilidad frente al curso normal o habitual de los acontecimientos en el contexto de que se trate, y ante ello analizar si era probable su ocurrencia⁶³.

Desde esta última concepción es que se lograría, con criterios que sí tengan utilidades en la práctica, allanar el espacio jurídico que hay entre lo no razonablemente previsible y lo radicalmente imprevisible⁶⁴, dando lugar entonces a un escenario en el que la imprevisibilidad sea juzgada en atención al razonable desenvolvimiento de la dinámica contractual⁶⁵; tal razonabilidad nace de la idea de

⁵⁹ Entendido como aquel en el que están contemplados absolutamente todos los escenarios.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 84.

⁶¹ PEÑA CARTAGENA, Nicolemarie. “Análisis de la doctrina *rebus sic stantibus* a la luz de las decisiones de los tribunales y la modificación de los contratos en ciclos económicos”. 2019, 561, disponible en: <http://revistajuridica.uprrp.edu/wp-content/uploads/2019/06/La-doctrina-de-rebus-sic-stantibus.pdf>. En atención igualmente a lo establecido en el artículo 1:302 de los Principios de Derecho Contractual Europeo, que nos da la definición de que se entiende por razonable, así: “Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera”, disponible en: <http://www.internationalcontracts.net/documentos-derecho-internacional/Principios-del-Derecho-Contractual-Europeo.pdf>.

⁶² DIEZ SOTO, Carlos y GONZALEZ, Isabel. “*Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*”, *cit.*, p. 199.

⁶³ *Ibid.*, p. 227

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ VELÁSQUEZ, Obdulio. *La responsabilidad civil extracontractual*. Chía: Universidad de la Sabana, 2013, p. 246.

que las partes no tengan que extralimitarse en esfuerzos inútiles de prever cada una de las circunstancias que puedan entenderse como probables desde un criterio abstracto, abogando en cambio, por un modelo en el que el deudor solo tiene el deber de prever lo normalmente previsible, que encuentra su límite en la razonabilidad.

Lo que planteamos dispone que solamente se podría juzgar un evento como previsible cuando “en condiciones normales haya sido lo suficientemente probable para que ese agente, atendido su papel específico en la actividad que origina el daño, haya podido precaverse contra él”, como lo dijo la Corte en 1999⁶⁶, tesis que lamentablemente no ha sido perpetuada en la jurisprudencia del máximo órgano jurisdiccional civil, ni tampoco objeto de un desarrollo posterior adecuado⁶⁷ que permita determinar cuándo un evento es previsible.

2.3.2. La diligencia exigible en la previsión

Adicional a la normalidad y la razonabilidad como límite de la probabilidad para saber cuándo un evento efectivamente es previsible, no podemos desatender el papel de la diligencia⁶⁸ que tienen que tener las partes tanto al momento de la

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, sentencia del 26 de noviembre de 1999, exp. 5220.

⁶⁷ En cambio, la Corte Suprema de Justicia ha optado por construir una nueva teoría en torno a la imprevisibilidad que ha sido bastante reiterada, desde la sentencia del 23 de junio del 2000, hasta sentencias en 2005, 2016 y 2020 como se expresó en el desarrollo jurisprudencial de este texto. Dicha teoría considera que es imprevisible “el acontecimiento que no es viable contemplar de antemano, examinando en cada situación (...) los siguientes criterios: 1) el referente a su normalidad y frecuencia; 2) el atinente a la probabilidad de su realización y 3) el referente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo”, posición que a nuestro parecer trae criterios que si bien parecen completos, en realidad no permiten establecer de manera acertada cuando un evento es previsible, pues como se ha expresado este debe ser desarrollado a partir del análisis de la probabilidad conjugada y vista desde la normalidad y razonabilidad del caso concreto, y no desde criterios separados como lo propone esta tesis en mención.

⁶⁸ “la diligencia representa el deber de desplegar un esfuerzo en el cumplimiento de la obligación” Profundizando esta categoría es importante tener en cuenta que “El concepto de diligencia en sede de obligaciones tiene una doble localización y un doble sentido”. Respecto de la localización se debe distinguir “como actividad que designa algo que hay que poner para que aquella llegue a existir... y como modelo se presenta como la fuente de la diligencia, cuya misión es señalar cuál o cuanta hay que poner”, CORTÉS, Edgar. *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 84.85. Ahora, respecto al doble sentido, esta se puede ver en un tono subjetivo asociado al esfuerzo y la predisposición psicológica, o en un sentido objetivo como una conducta materialmente identificable. BADOSA COLL, Ferran. *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1987, p. 33.

celebración del contrato, como de su ejecución, así la diligencia es un criterio que tiende a exigir un mínimo de cuidado hacia las circunstancias que puedan afectar la ejecución del contrato, es decir, que las partes, en especial el deudor, deben emplear una conducta dirigida a anticipar el daño que se pueda producir, es así como la previsión y la diligencia llegan a ser conceptos muy atados entre sí que inevitablemente tienen que ser estudiados en conjunto⁶⁹, por ende, la importancia que a la hora de determinar cuál evento es previsible, y más concretamente que criterios ayudan a determinar la imprevisibilidad se deba hacer uso de la diligencia como uno de ellos.

Sobre el punto, se debe precisar que la diligencia requerida en cada contrato es diferente, entonces entra en juego la razonabilidad en atención a la dinámica contractual⁷⁰, donde la celebración de determinado negocio por sus características esenciales implica que las partes asuman diferentes obligaciones, que se ven traducidas en el grado de diligencia exigible⁷¹.

Para lo mencionado, es imperativo el análisis de la utilidad derivada del contrato⁷² ya que el interés de cada parte varía de acuerdo a este, así, cuando el contrato beneficia en su mayor parte al acreedor la diligencia requerida al deudor es menor sin que esto haga un llamado a la negligencia, en cambio, cuando el vínculo obligacional beneficia a las dos partes, como en la compraventa o en el arrendamiento, se exige una diligencia media que es la comúnmente requerida en la generalidad de los negocios y que ha sido denominada desde el derecho romano como el modelo del buen padre de familia⁷³, está agravándose y convirtiéndose en

⁶⁹ “La previsión, como elemento de la diligencia, a la luz de la prevención de los daños permite exigir de parte del deudor la anticipación de las contingencias futuras que debieron ser advertidas, verbigracia, atendiendo a los análisis de riesgos”, CAMPOS CUESTA, Lorena. “Incidencia del concepto de previsión”, cit., p. 252.

⁷⁰ VELÁSQUEZ, Obdulio. *La responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 246.

⁷¹ “la diligencia, expresión positiva de culpanegligencia, aparece como uno de los aportes más significativos de Ulpiano, pues ella admite las clasificaciones que se deseen”. CORTÉS, Edgar. *La culpa contractual*, cit., p. 85.

⁷² Dicho análisis de la utilidad derivada del contrato tiene como centro de origen al principio romano de la *utilitas contrahentium*. Sobre el particular: NEME VILLAREAL, Martha., *La buena fe en el derecho romano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 196-198.

⁷³ D.19.1.54 “(...) el mismo derecho habrá, si hubieres solido mandarle la cosa, que un prudente y diligente padre de familia no le hubiere de haber mandado a este esclavo(...)” refiriéndonos a una

una exactísima diligencia cuando el contrato beneficia en mayor medida al deudor o cuando la tipología propia del negocio así lo exige, como en el contrato de transporte⁷⁴, o en el de comodato, donde el comodatario debe tener el mayor cuidado para con la cosa respondiendo hasta por la culpa levísima⁷⁵.

Sin embargo, tenemos que mencionar que el criterio de utilidad contractual no es absoluto, ya que el desarrollo comercial contemporáneo exige que a pesar que algunos contratos beneficien al acreedor mayoritariamente, la diligencia exigida al deudor por ese solo hecho no mengua en grado exagerado, sino que se mantiene y por lo tanto, le es exigible a nuestro parecer siempre un mínimo de diligencia media, pues precisamente la intención de celebrar un negocio no es solo atender al interés individual, sino también al interés de la contraparte que se ve traducido entre otros, en estar pendiente y proteger la prestación pactada de todo evento sobrevenido que normalmente se pueda presentar⁷⁶.

Ahora, desde la otra orilla se debe resaltar que precisamente por el desarrollo de la dinámica contractual, es común que en los contratos se pacten cláusulas con la

culpa *in abstracto*, que como lo señala Koteich es el modelo base en cuanto a las prestaciones no técnicas, pero teniendo que resaltarse que esta culpa o nivel de diligencia también puede ser considerado *in concreto*, el cual corresponde al nivel de cuidado propio del deudor que emplea en sus propios asuntos. KOTEICH KHATIB, Milagros., “Los criterios de imputación de la responsabilidad contractual: una mirada a los códigos y sus fuentes romanas”. en GONZÁLEZ, E., CORTÉS, E., Y NAVIA, F., (eds.), *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

⁷⁴ “el transportador adquiere una prestación de resultado calificado, garantía, donde no solo asume un resultado, sino que lo garantiza... actividad que ha de ejercer con estricto apego a los estándares de diligencia, cuidado y previsión exigibles a un operador mercantil profesional”, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de junio de 2009, exp. 11001-3103-020-1999-01098-01.

⁷⁵ El artículo 2203 del Código Civil plantea que a la vez que el comodatario puede asumir expresamente los casos fortuitos, debe responder por aquellos causados por su culpa levísima, es decir, por su mínimo descuido en la previsión y contención (irresistibilidad) del evento sobrevenido.

⁷⁶ “La fuerza de la buena fe, como principio normativo, integra el contenido del contrato, formándolo permanentemente (...) en este orden de ideas, la buena fe obliga no solo a lo fijado en la convención y a los cuidados generales usuales entre personas honorables, sino a todas aquellas prestaciones accesorias que las circunstancias que rodean el negocio en cada momento vayan poniendo de manifiesto, con independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente”, NEME VILLAREAL, Martha., “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 11, 2006, p. 90.

finalidad de agravar la diligencia requerida a las partes⁷⁷, especialmente al deudor y que implican, por ende, mayores obligaciones a la hora de prever riesgos y evitarlos con el fin de asegurar la prestación convenida. Así muchas veces estas cláusulas atienden al conocimiento, profesionalismo o experiencia de los sujetos involucrados lo cual es totalmente acertado⁷⁸; pero en otras ocasiones se hacen indistintamente sin importar las particularidades del negocio, o de las partes, desembocando más de las veces en estipulaciones arbitrarias⁷⁹ cuando debido a la necesidad de celebrar el contrato, se tiene que asumir tal nivel de cuidado y previsión desconectado de las verdaderas posibilidades subjetivas a las que se puede obligar la persona dadas sus condiciones⁸⁰.

A modo de conclusión sobre este punto, se puede resaltar que la alteración sustancial de la obligación derivada de la realización de un caso fortuito que impide

⁷⁷ “las normas que atañen a la responsabilidad son de carácter dispositivo y, consiguientemente, cabe agravarla o aminorarla por convenio de las partes”, IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano, historia e instituciones*, Cit., p. 326; “Por ejemplo: Hacer responder al deudor de un grado mayor de culpa. Como si debiendo responder de la culpa leve se le impone responsabilidad por culpa levísima (caso del arrendatario), o si debiendo responder de la culpa grave se estipula que se incluirá cualquier grado de culpa (caso del depositario). Estipular que el deudor responderá del caso fortuito”, GONZALEZ CASTILLO, Joel. “Las cláusulas limitativas, exonerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. Validez y límites”, *Revista Chilena de Derecho privado*, 2011, vol 38, n.º1, p. 89-100.

⁷⁸ Es importante referirnos en este apartado a la aceptación de riesgos, que se da generalmente en actividades peligrosas, pero que puede estar presente en cualquier tipo de negocio celebrado, así como bien lo señala Tamayo Jaramillo esta aceptación “solo funciona cuando esos riesgos son conocidos y aceptados culposamente por la víctima, mientras no haya culpa por parte del acreedor, el deudor no podrá invocar la aceptación de dichos riesgos para exonerarse de responsabilidad” uno de los grandes ejemplos de esta aceptación se ve reflejada en la responsabilidad médica donde “la aceptación de riesgos... sigue el principio general de que solo se puede exonerar parcialmente al responsable (médico) si los riesgos aceptados (por el paciente) constituyen una culpa por parte de la víctima (es decir, si el paciente por su acción u omisión genera el daño)”. TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 84 y 88.

⁷⁹ Refiriéndonos al punto de llegar a imponer una responsabilidad por custodia “el deudor obligado a custodiar, responde por ese solo hecho, sin importar la diligencia que haya observado en la guardia de la cosa, es una responsabilidad que hoy en día se diría objetiva, responsabilidad sin culpa”, CORTÉS, Edgar., *La culpa contractual*, cit., p. 90.

⁸⁰ Cláusulas entre otros del *common law* que tienen origen en la regla de la intangibilidad del contrato, que es la manifestación de un principio que entiende que las “partes están en capacidad de prever todos los riesgos que pueden afectar el cumplimiento normal de la prestación, algo que en sí es imposible”. Sin embargo, como lo deja ver Chamie este principio ha sido morigerado con la introducción de la solución justa y razonable que haga el juez al intervenir en el contrato, misma solución que a nuestro parecer tiene aplicación en nuestro ordenamiento. CHAMIE, José Félix. “frustration of contract e impossibility of performance en el common law inglés”, *Revista de Derecho Privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, n.º 16, 2009, p. 187-198.

su cumplimiento llega a ser tan extensiva que cuestiona la estructura del contrato. Pues de acuerdo con tal situación, los vínculos jurídicos deben estar adecuados para que la materialización de tal riesgo no se sobreponga completamente a lo convenido. Esto implica, un deber de diligencia en el actuar al momento de crear el contrato, que tiene su desarrollo en la repartición de los riesgos basada en lo que las partes razonablemente pueden prever. La previsión entonces, vista desde la diligencia, permite exigir a las partes la anticipación de las contingencias futuras que debieron ser advertidas de acuerdo a los criterios que ya dimos anteriormente.

De tal suerte que en presencia de un riesgo las partes no entren en un terreno de incertidumbre, sino que el mismo contrato de acuerdo a lo estipulado, dé las soluciones a tal situación, y que solo aquello que supera el deber de diligencia exigible al momento de configurar y ejecutar el contrato estructure una *vis maior*, dejando la anotación que la diligencia tampoco puede ser excesiva al punto de imponer a las partes que se obliguen a prever lo racionalmente imposible en el caso concreto.

3. La irresistibilidad

Habiendo ya desarrollado el elemento de la imprevisibilidad, y formulado una propuesta frente a la problemática que el mismo presenta, es que nos introduciremos al estudio del segundo elemento constitutivo de la fuerza mayor el cual es la irresistibilidad.

3.1. Desarrollo doctrinal y jurisprudencial

Según la Real Academia Española es irresistible aquello “que no se puede resistir”, es decir, que el hecho irresistible es aquel que causa “un daño o una alteración”, entendiéndose entonces la irresistibilidad como “la imposibilidad de sobrepasar el obstáculo que sobrevino”⁸¹, y que en términos para el deudor en una relación obligatoria significa que él pese a sus esfuerzos no pudo impedir el acaecimiento

⁸¹ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, cit, p. 776.

del evento sobrevenido que irremediablemente afectará la prestación a la que se obligó al punto que se va a hacer imposible su cumplimiento.

En sentido similar, y sin entrar en contradicciones, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 27 de septiembre de 1945⁸² definió la irresistibilidad como aquel hecho al que “el agente o deudor no haya podido sobreponerse para evitar sus consecuencias”. Posteriormente, en la sentencia del 26 de noviembre de 1999⁸³ tal noción fue reiterada al enunciar como irresistible aquel suceso cuyo acaecimiento ni consecuencias se pudo evitar, colocando al agente –sojuzgado por el suceso así sobrevenido- en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido.

Recientemente, la corte ha ampliado aún más el concepto. Por ejemplo, en sentencia del 26 de julio de 2005⁸⁴ fijó como irresistible aquel hecho cuyas consecuencias son absolutamente imposibles de evitar, es decir que:

“[Q]ue situada cualquier persona en las circunstancias que enfrenta el deudor, invariablemente se vería sometido a esos efectos perturbadores, pues la incidencia de estos no está determinada, propiamente, por las condiciones especiales –o personales- del individuo llamado a afrontarlos, más concretamente por la actitud que éste pueda asumir respecto de ellos, sino por la naturaleza misma del hecho”.

Adicionalmente, en la misma sentencia se precisó que si existen medidas que permitan contener, conjurar o eludir las consecuencias del suceso, este sería calificado como superable y, por ende, no podría ser constitutivo de fuerza mayor⁸⁵. Teniendo en cuenta el concepto que la jurisprudencia le ha otorgado a la irresistibilidad, debemos diferenciar que esta puede ser física o jurídica. La primera

⁸² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de septiembre de 1945.

⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de noviembre de 1999, exp. 5220.

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de julio de 2005, exp. 050013103011-6569.

⁸⁵ Igualmente, es importante tener en cuenta los siguientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en torno a la irresistibilidad: “aquel estado predicado del sujeto respectivo que entraña la imposibilidad objetiva de evitar ciertos efectos o consecuencias derivadas de la materialización de hechos exógenos que impiden efectuar determinada actuación”, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de junio del 2000, exp. 5475. Asimismo, ha dicho que la irresistibilidad del evento consiste “en que haya sido absolutamente imposible evitar el hecho o suceso el eludido, no obstante los medios de defensa empleados por el deudor para lucirlo”, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de diciembre de 1962. Y que es irresistible algo “inevitable, fatal, imposible de superar y sus consecuencias”, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de enero de 1982.

se da por hechos propios de la naturaleza o humanos, por ejemplo, una inundación que arruina la cosecha prometida. La segunda por los efectos de una ley o un acto administrativo (normas jurídicas en general), verbigracia, una ley que prohíbe la comercialización de determinado tipo de medicamento sobre el cual había contratos de suministro por varios años. Sin embargo, consideramos que la irresistibilidad no puede ser moral, pues sería erróneo permitir que alguien se niegue a cumplir un contrato que celebró justificándose en que para él la ejecución de la prestación es imposible debido a que ahora considera que la entrega del objeto, o la realización del servicio contraría su moral, ya que esto sería una verdadera contravención al principio de *pacta sunt servanda*.

También como lo plantea el desarrollo jurisprudencial y Tamayo Jaramillo han sido numerosas las discusiones en torno a determinar si la irresistibilidad se predica del fenómeno o de los efectos del mismo, siendo totalmente oportuna su consideración al respecto que deja claro que lo irresistible se predica del efecto, en la medida en que la *vis maior* se refiere a las consecuencias del fenómeno, ya que la inundación, el incendio o el terremoto, a modo de ejemplo, si bien son eventos irresistibles, se debe observar es si para el deudor efectivamente la consecuencia de ese evento no se pudo resistir, pues puede que él haya podido con maniobras de contención evitar la inundación, repeler el incendio, o paliar los efectos del terremoto⁸⁶. Es precisamente por este motivo que en la sentencia del 26 de julio de 2005⁸⁷ se especificó que no pueden existir medidas aplicables que permitan contener, conjurar o eludir las consecuencias del suceso.

3.2. Análisis de la imposibilidad de resistir y propuesta

Tras dicho repaso jurisprudencial y doctrinal, es necesario dejar claro que la irresistibilidad se configura efectivamente ante la imposibilidad del deudor de evitar

⁸⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil, cit*, p.18.

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de julio de 2005. exp. 050013103011-1998 6569-02.

las consecuencias del hecho que devienen en el no cumplimiento de la prestación⁸⁸, dicha imposibilidad tiene que ser absoluta como bien lo ha señalado la corte⁸⁹, pero no se puede predicar siempre una imposibilidad objetiva⁹⁰, es decir, que no se debe mirar estáticamente siempre determinado hecho como irresistible, ya que en la evaluación para definir si en verdad el evento sobrevenido es inevitable se debe tener en cuenta las opciones que tiene el deudor, esto implica que el análisis se hará de acuerdo a lo que el deudor concreto, ajustado a las circunstancias de modo, tiempo y lugar hubiera podido resistir; Hinestrosa da bastante claridad en el tema cuando afirma que “delante de este concepto (irresistibilidad) es preciso tomar en consideración las circunstancias objetivas, como también las individuales del deudor, para llegar a una respuesta sensata, a la vez que equitativa, necesariamente casuista”⁹¹.

Y es que es necesario recalcar lo señalado porque no se puede caer en el error, por un lado, de pasar como irresistible un hecho que el deudor debido a sus características especiales, piénsese en que era un profesional preparado para soportar ese evento, hubiera podido evitar, pues de alguna manera se estaría premiando su actuar negligente y por fuera de sus calidades; y por el otro lado, de exigir al deudor soportar ese suceso sobrevenido, cuando debido a sus condiciones subjetivas no le era posible contener esa fuerza⁹², mostrándonos estos dos escenarios la injusticia a la que puede llegar el permitir un examen de irresistibilidad meramente objetivo.

⁸⁸ *Ibid.* “un hecho solo puede ser catalogado como irresistible, si es absolutamente imposible evitar sus consecuencias”.

⁸⁹ “Que el hecho sea irresistible en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente - sojuzgado por el suceso así sobrevenido- en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido”, Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, Sentencia del 26 de noviembre de 1999, exp. 5220.

⁹⁰ “situada cualquier persona en las circunstancias que enfrenta el deudor, invariablemente se vería sometido a esos efectos perturbadores, pues la incidencia de estos no está determinada, propiamente, por las condiciones especiales –o personales- del individuo llamado a afrontarlos”. *Ibid.*; “La *irresistibilidad*, atañe a la imposibilidad objetiva absoluta de evitar el suceso y sus consecuencias”; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de junio de 2009, exp. 11001-3103-020-1999-01098-01.

⁹¹ HINESTROSA, Fernando., *Tratado de las obligaciones*, cit, p. 776.

⁹² El exigir resistencia de un deudor ante un hecho que desborda sus posibilidades, es una clara violación al principio de que nadie está obligado a lo imposible.

Por último, vale la pena señalar lo que ha expresado Felipe Suescún frente al deber de mitigar los daños como “una medida necesaria para equilibrar la posición de las partes en los eventos de responsabilidad civil por incumplimiento del contrato”⁹³, es decir, se ha aceptado que las partes tienen el deber de adoptar las medidas necesarias para mitigar los perjuicios derivados del incumplimiento o disminuirlos. Cabe resaltar que tanto la jurisprudencia como la doctrina han enunciado que este deber “surge de la aplicación de los postulados generales de la buena fe objetiva”⁹⁴. Teniendo en cuenta lo anterior, si bien la irresistibilidad implica que no existan medidas que puedan ser empleadas para evitar los efectos producto del evento sobrevenido, pueden existir ocasiones en las que tales efectos provoquen un daño mayor o que este se pueda disminuir. En tal caso, con base en el principio de buena fe, se deben aplicar aquellas medidas necesarias para disminuir o no dejar que incremente el daño, en otras palabras, se deben mitigar los daños de forma similar a como se hace en materia de incumplimiento. Teniendo en cuenta esto, y según nuestro juicio, el que se adopten dichas medidas para disminuir o no acrecentar el daño no hace que se definan los efectos del hecho como evitables, así no tiene ninguna influencia sobre la configuración del elemento de la irresistibilidad. Si influyera sobre este último se estaría incentivado a la parte a no adoptar ninguna medida frente al daño y se atentaría contra el principio de buena fe⁹⁵.

⁹³ SUESCÚN DE ROA, Felipe. *Mitigación de los Daños en Materia Contractual*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2018, p. 7.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Por ejemplo, en la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 26 de julio del 2005, con radicado 050013103011-1998-6569-02. Helados la Fuente S.A. demandó a Inversiones Gruval S.A. para que se declarará por terminado un contrato de arrendamiento que el primero (arrendatario) había celebrado con el segundo (arrendador), debido a la existencia de una fuerza mayor y ausencia absoluta de culpa del arrendatario. Con base en esto el demandante alegaba no estar obligado a pagar la indemnización ni la cláusula penal por la terminación. Los hechos del caso se fundamentaron en que el arrendatario empezó a ser víctima de extorsión por parte de grupos subversivos para que pudiera desarrollar sus actividades comerciales; ante ello, solicitó al arrendador medidas de seguridad, no obstante, no hubo respuesta. Por ello, adoptó medidas de seguridad y meses después solicitó al arrendador la terminación del contrato. La corte enunció que, en principio, las acciones perpetradas por movimientos de grupos subversivos no pueden ser catalogadas como fuerza mayor, siempre y cuando una de las partes no adopte las medidas necesarias para evitarlo o se exponga indebidamente a los efectos, o no se cumpla con los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad. En el caso concreto, a pesar que quedó demostrado que las amenazas existían y que eran extraordinarias porque no se habían presentado antes, la corte no dio razón a la pretensión del demandante fundamentado en que este había enfrentado y

En resumen, la irresistibilidad debe examinarse de acuerdo con la imposibilidad que tiene determinado deudor de evitar los efectos producidos por el hecho sobrevenido. No obstante, a nuestro parecer, cuando se empleen medidas encaminadas a disminuir o eludir el daño causado por dichos efectos, esto no impide que se configure la fuerza mayor.

4. Conclusión

En síntesis, como se ha demostrado a lo largo de este escrito es de imperiosa necesidad señalar criterios claros y específicos que permitan definir, en casos concretos, cuando se configura la imprevisibilidad y la irresistibilidad, y con ello, la fuerza mayor, todo con el fin de brindar seguridad jurídica y dar un margen al juez que le permita tomar decisiones con base en la discrecionalidad y no la arbitrariedad. A continuación, se trae a colación algunos temas que dan la posibilidad de ampliar la discusión sobre el particular.

En el Proyecto de Código Civil de la Universidad Nacional (desde ahora PCCUN)⁹⁶, la figura de la fuerza mayor está ubicada en el título IV denominado “reglas comunes a la responsabilidad por los hechos ilícitos e inexecución de las obligaciones”, concretamente en el capítulo II nombrado “causales eximentes de responsabilidad”. El artículo 597 del PCCUN consagra “entiéndase por caso fortuito o fuerza mayor el hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado o está por fuera de la esfera de control”.

Con una lectura detenida del artículo anterior se puede evidenciar dos puntos (i) define la fuerza mayor a partir de la previsibilidad, pero no especifica cómo determinarla en el caso concreto, es decir, no resolvió totalmente el problema expuesto en el apartado segundo de este escrito y (ii) al usar la disyunción “o” no es claro si se exige la imprevisibilidad y la irresistibilidad o sólo un elemento.

conjurado los peligros, por ende, el hecho fue superable (resistible). No obstante, la corte no analizó que (i) se le solicitó ayuda al arrendador y este no dio respuesta; (ii) conjurar los peligros le costó millones al arrendatario; (iii) a pesar que la resolución se pidió meses después, aún el peligro estaba presente; y (iv) si el arrendatario tomó medidas fue con fundamento en cumplir con su deber de mitigación del daño. En este sentido, la decisión debió acceder las pretensiones del demandante.

⁹⁶ Proyecto de Código Civil de Colombia, Bogotá, Universidad Nacional, 2020, p. 154.

En lo concerniente al primer punto, se podría emplear la tesis expuesta a lo largo de este trabajo y dar una definición que brinde seguridad jurídica y dé criterios al juez para tomar decisiones coherentes en cada caso, en otras palabras, es necesario definir la previsibilidad, y ello se puede realizar a partir de los criterios de normalidad, razonabilidad y diligencia al momento de celebración del contrato.

Respecto al segundo punto, aunque no es claro, vale la pena resaltar una de sus posibles interpretaciones. En varias sentencias⁹⁷, la Corte Suprema de Justicia le ha dado mayor prevalencia a la imprevisibilidad e incluso a pesar que el hecho era previsible, pero inevitable no exonero de responsabilidad, por esto, es importante preguntarse si siempre se necesita de la irresistibilidad y la imprevisibilidad para configurar la fuerza mayor, o si un criterio prevalece sobre el otro y permitiría decisiones más justas acordes con la realidad.

Referencias:

ARGÜELLO, Luis. *Manual de Derecho Romano, historia e instituciones*. 3^a ed. Buenos Aires: Astrea, 1998.

BADOSA COLL, Ferran. *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1987.

BULLARD, Alfredo. “¿Hay Algo Imprevisible? La Excesiva Onerosidad y la Impracticabilidad Comercial”. Lima: *Themis Revista de Derecho*, 1993, n.º 25, p. 82-90.

⁹⁷ La corte en este analizó un caso en el que las fuertes brisas ocasionaron la caída de un árbol sobre unos cables conductores de energía que pertenecían a la empresa demandada. Estos cables sucumbieron sobre el esposo de la demandante, quien murió electrocutado. La corte afirmó que las fuertes brisas no se habían observado en mucho tiempo (siendo estas imprevisibles), y que, por ende, fueron la causa del daño, ya que las líneas tenían más de 10 años y nunca había ocurrido esto, por ello, fijó que era un “hecho excepcional por su gravedad e irresistible por la esencia”, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de septiembre de 1945. Adicionalmente, en las siguientes providencias la Corte ha enfocado su análisis en la imprevisibilidad, y no tanto en la irresistibilidad Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de septiembre de 1961; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 20 de abril de 1963; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 2 de junio de 2000, exp. No. 5475; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 26 de junio de 2003, exp. No. 5906; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 de abril de 2005, exp. No. 0829-92.

- CAMPOS CUESTA, Lorena. "Incidencia del concepto de previsión en los elementos de la responsabilidad civil en Colombia" Bogotá: *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, n.º 35, 2018, p. 245-259.
- CHAMIE, José Félix. *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- CHAMIE, José Félix. "Frustration of contract e impossibility of performance en el common law inglés". Bogotá: *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, n.º 16, 2009, p.187-198.
- Código Civil Colombiano, ley 57 de 1887.
- DIEZ SOTO, Carlos., y GONZALEZ, Isabel. "Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y los efectos derivados del covid-19 sobre las relaciones contractuales: una perspectiva desde el derecho español". Madrid: *Cuadernos de Derecho Transnacional, Universidad Carlos III de Madrid*, vol. 13 n.º 1, 2021, p. 180- 237.
- ESCOBAR MENESES, Ernesto. "Concepción de la fuerza mayor o caso fortuito en el derecho civil colombiano". Bogotá: *Estudios de derecho*, 1923, vol. 9, n.º 94, p. 2175-2179.
- FRANCO LEGUIZAMO, Camilo. "Caleidoscopio de la fuerza mayor (derecho comparado e internacional)", *Revista e-Mercatoria*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, vol. 8, n.º 1, 2009.
- GONZALEZ CASTILLO, Joel. "Las cláusulas limitativas, exonerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. Validez y límites" Chile: *Revista Chilena de Derecho privado*, 2011, vol. 38 n.º1, p. 89 – 100.
- HERRERA ROMERO, Ana María. "La suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito. análisis de la institución en los tiempos del covid-19", 2020, disponible en: https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/24430/ANAMARIA_HERRERAROMERO_2020.pdf?sequence=2&isAllowed=y

- HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones: concepto, estructura, viscidudes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano, historia e instituciones*. 18^a ed. Madrid: Sello Editorial, 2010.
- KOTEICH KHATIB, Milagros. “Los criterios de imputación de la responsabilidad contractual: una mirada a los códigos y sus fuentes romanas”, en GONZÁLEZ, E., CORTÉS, E., Y NAVIA, F., (editores), *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestroza*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 641-671.
- MAZEUD, Henri., MAZEUD, León., y TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, T. II. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa América, 1963.
- MUNITA MARAMBIO, Renzo. “La fuerza mayor y sus interrogantes conceptuales: un análisis desde la perspectiva del derecho francés de la responsabilidad civil”. Chile: *Actualidad Jurídica*, 2014, n.º 30, p. 393-442.
- MURIEL, Natalia. “El caso fortuito y la fuerza mayor como eximentes de responsabilidad- análisis y comparación del sistema jurídico colombiano y de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías”, Monterrey: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 2012, disponible en:https://repositorio.tec.mx/bitstream/handle/11285/573050/DocsTec_12457.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- NEME VILLAREAL, Martha., “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 11, 2006.
- NEME VILLAREAL, Martha. *La buena fe en el derecho romano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- ORTIZ, Álvaro., VALENCIA ZEA. Arturo. *Derecho civil: de las obligaciones*. Tomo III, 9^a ed. Bogotá: Editorial Temis, 2004.

- OSPINA, Guillermo., OSPINA, Eduardo. *Teoría General del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Bogotá: Temis, 1994.
- PATIÑO, Héctor. “Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado”, Bogotá: *Revista de Derecho Privado*, n.º 20, 2011. p. 371-398.
- PEÑA CARTAGENA, Nicolemarie. “Análisis de la doctrina rebus sic stantibus a la luz de las decisiones de los tribunales y la modificación de los contratos en ciclos económicos”. 2019, disponible en: <http://revistajuridica.uprrp.edu/wp-content/uploads/2019/06/La-doctrina-de-rebus-sic-stantibus.pdf>.
- PERLINGIERI, Giovanni. *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el derecho civil*, LUNA, A., (trads.), Madrid: Dykinson, 2015.
- PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires: Albatros.
- Principios del Derecho Europeo de los Contratos.
- Proyecto de Código Civil de Colombia, Bogotá, Universidad Nacional, 2020.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos., “El Código Napoleónico: Fuentes y Genesis”, *Revista Derecho y Sociedad*, Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 10, 1995, p. 153-161.
- SILVA GARCÍA, Fernando. “Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral” *Revista e-Mercatoria*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, vol. 6, n.º 2, 2007. p.1-64.
- SUESCÚN DE LA ROA, Felipe. *Mitigación de los Daños en Materia Contractual* Bogotá: Universidad de los Andes, 2018.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, 8.ª ed., T II. Bogotá: Legis, 2015.
- TORRELES, Esther. “El criterio de la razonabilidad. Un elemento reequilibrador del contrato”, en GRAMUNT, M., FLORENSA, C. (coord.) *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*. Madrid: Editorial DYKINSON, 2017, p. 175-195.

VELÁSQUEZ, Obdulio. *La responsabilidad civil extracontractual*. Chía: Universidad de la Sabana, 2013.

VILLAJOSANA, Josep. "La construcción social de la realidad jurídica." Barcelona: *Revista de Ciencias Sociales*, 2010, n.º 4, p. 1-45.

Jurisprudencia:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de julio de 1935.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de septiembre de 1945.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de septiembre de 1961.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de diciembre de 1962.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 29 de abril de 1963.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 10 de abril de 1978.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de enero de 1982.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de octubre de 1993, exp. 3776.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de julio de 1996, exp. 4469.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de octubre de 1998, exp 4895.

Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, Sentencia del 26 de noviembre de 1999, exp. 5220.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de junio de 2000, exp. 5475.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de junio de 2003, exp. 5906.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 29 de abril de 2005, exp. 0829-92.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de julio de 2005, exp. 050013103011-1998 6569-02.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 21 de noviembre de 2005, exp. 11001-3103-003-1995-07113-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 31 de enero de 2007, exp. 2000- 5492-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de febrero de 2009, exp. 73319-3103-002-2001-00013-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de junio de 2009, exp. 11001-3103-020-1999-01098-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 06 de agosto de 2009, exp. 2001-00152-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de diciembre de 2010, exp. 11001-3103-008-1989-00042-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de mayo de 2015, exp. 11001-31-03-024-2009-00429-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 3 de septiembre de 2015, exp.11001-31-03-024-2009-00429-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de diciembre de 2016, exp. 05001-3103-011-2006-00123-02.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de abril de 2018, exp. 08001-31-03-003-2006-00251-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de marzo de 2019, exp: 05001-31-03-016-2009-00005-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de noviembre de 2019, exp. 08001-31-03-014-2007-00181-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 3 de marzo de 2020, exp. 11001-02-03-000-2015-00713-00.