

**EL COVID-19 COMO EVENTO DE FUERZA MAYOR
Y CASO FORTUITO EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES
DERIVADAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL
COMERCIAL**



Juan Camilo Agudelo Orozco

Tesis de Pregrado

Director: Juan Andrés Jiménez Duque

Abogado

Docente Universidad de Caldas

Universidad de Caldas

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Pregrado Derecho

Manizales

2021

AGRADECIMIENTOS

La familia como la columna de la vida,
a mi padre y madre por su ejemplo y
a mis hermanos por su inquebrantable apoyo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPITULO I	5
1.1 IMPREVISIBILIDAD	10
1.2 IMPOSIBILIDAD DE RESISTIR	15
1.3 FACTOR EXTERNO	18
CAPITULO II	20
CAPITULO III	30
CAPITULO IV	40
RECOMENDACIONES	51
REFERENCIAS	53

INTRODUCCIÓN

De la actual situación que se vive en todo el mundo, ocasionada por la enfermedad COVID-19 y su rápida propagación, además de la falta de precedentes decisionales para hacer frente a las situaciones creadas en el marco jurídico, nace la necesidad de trabajos investigativos que busquen las respuestas a estas situaciones creadas y con una necesidad inminente de una solución jurídica.

Es por eso, que, por los medios de información, situaciones personas y de allegados, se evidenció la situación que estaban afrontando los arrendatarios de los establecimientos de comercio, que producto de las cuarentenas decretadas por el gobierno nacional, sus locales comerciales debían permanecer cerrados al público cuando estos eran el único sustento económico que ostentaban.

Es por eso, estudiando la situación actual y utilizando un análisis objetivo de los presupuestos de hecho en los que se encontraban estos arrendatarios y las posibles soluciones jurídicas, evidenció un posible encausamiento hacia la materialización de los presupuesto de la teoría de la ausencia de responsabilidad, por lo que me pareció pertinente y procedente realizar un trabajo investigativo que analizara estas situaciones y diera, luego de un análisis jurídico, la posibilidad de alegar la ausencia de responsabilidad por el incumplimiento contractual.

Fue necesario hacer una explicación tomando fuentes jurisprudenciales y doctrinales de la fuerza mayor y el caso fortuito, las causales de terminación del contrato de arrendamiento y su posible adecuación a las situaciones presentadas. Para terminar en un análisis de los requisitos que debían contener las situaciones puntuales en materia de la investigación para hablar de

fuerza mayor y caso fortuito en el cumplimiento de las obligaciones del contrato de arrendamiento comercial

CAPITULO I

FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO

LA IRRESISITIBILIDAD, IMPREVISIBILIDAD Y EL FACTOR EXTERNO

Para hablar los de los eximentes de responsabilidad, primero debemos hablar de la responsabilidad, misma que se genera o nace cuando se celebra un acto jurídico, en materia de este trabajo de investigación, será el contrato de arrendamiento de local comercial, que como ya sabemos es una fuente de obligaciones tanto para el arrendador, como para el arrendatario.

De tal forma, con el nacimiento de estas obligaciones, está la posibilidad de estar exentos de la responsabilidad que nace por incumplimiento de las mismas, a esto le llamamos los eximentes de responsabilidad.

El artículo 64 del código civil, define la fuerza mayor o el caso fortuito preceptuando que es “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.” (art. 64 C.C., sub art 1º Ley 95 de 1890), siendo así, no podemos tomar la fuerza mayor como una clasificación mecánica de acontecimientos, como bien lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, “la clasificación de un hecho como fuerza mayor o caso fortuito, debe efectuarse en cada situación específica, ponderando las circunstancias” (Sentencia 078, 2000), por esto no podemos tomar unos elementos abstractos para definir si un hecho es constitutivo de fuerza mayor, de tal forma,

debido a su naturaleza específica, algunos van a tener ciertas circunstancias mas demarcadas, otros un poco mas difusas. Por consiguiente, el estudio de estos factores que rodean el hecho con el fin de fundar la configuración de los preceptos, dentro de esta causal de exoneración de la responsabilidad de la que trata el artículo 64 del Código Civil Colombiano, es un estudio especial y detallado, buscando el encausamiento y el cumplimiento de los presupuestos mismos de esta figura jurídica.

Ahora bien, cuando hablamos de fuerza mayor (*vis maior* o *causus maior*) o caso fortuito (*vis minor* o *casus minor*), se tienden a tomar como sinónimos, en palabras de Louis JOSSERAND “Los dos hermanos siameses de la no responsabilidad”, pero nos desprenderemos un momento de esta tesis monista de los eximentes de responsabilidad, dotando a cada uno de unas características diferenciadoras y adoptando una tesis dualista de los eximentes de responsabilidad, en primera medida, porque en el estudio de sus distinciones, nos permite un análisis mas acertado hacía sus verdaderos efectos, logrando así tener una mayor claridad posible en el momento de concluir, aunque en el derecho privado, ha sido sostenido el apoyo la tesis monista, y posterior a estas pequeñas diferencias, nos enfocaremos en un desarrollo monista, que actúa en sincronía con las posiciones de los tribunales civiles Colombianos

De tal forma, podemos diferenciarlas en su origen, ya que se considera la fuerza mayor como un hecho generado por la naturaleza, con fuerza sobrehumana (terremotos, maremotos, inundaciones, etc.), esto quiere decir, que escapan de la capacidad de dominio y disposición del hombre, ya que ¿Quién puede controlar un terremoto, un tsunami, etc.? De tal forma, yéndonos a la literalidad de su nombre; es la fuerza mayor al hombre mismo, escapando de su imperio y así de su capacidad de resistir a la misma. Mientras que, la *vis minor*, tiene un origen en un hecho

humano, que, aunque se hayan tomado las medidas de diligencia y cuidado, fue imposible de prever. Pero, que ocurre dentro de la ejecución de alguna actividad (Hinestrosa, 2002), es decir, el hombre tiene capacidad de controlar su origen, pero aún con el deber de cuidado frente al riesgo desplegado, este logra su finalización en un daño o incumpliendo. Ahora bien, apoyando esta tesis dualista de la responsabilidad, el Consejo de Estado colombiano a través de reiterados pronunciamientos, ha dotado al caso fortuito, como sinónimo de "causa desconocida", es decir, una causa que puede ser o no previsible o imprevisible (Patiño, 2011), de donde podemos extraer otra diferenciación entre estas figuras, ya que se decanta la evitabilidad mediante la previsión. En la fuerza mayor, aunque puede ser previsible, no habría podido ser evitado porque no existe fuerza humana que pueda oponerse a los hechos generados por la naturaleza. En cambio, como ya mencionamos anteriormente, el caso fortuito, es una causa desconocida, que no era previsible utilizando una diligencia normal. (CIVIL, s/f).

Luego de este recuento de las diferencias en su origen y un poco tocada su disparidad doctrinal con respecto a la previsibilidad de la vis maior y la vis minor, no es menester volver a un desarrollo monista, que vaya mas a la realidad del caso del que estamos tratando en este trabajo investigativo, puesto que, nuestro fin no es otro que el de adaptar esta figuras jurídicas a las situaciones actualmente presentadas en la República de Colombia, de tal forma, es mas certero para nuestro fin, el adecuarnos a las posiciones de los Tribunales Civiles Nacionales.

Los órganos judiciales civiles colombianos, hago un énfasis en civiles, puesto que los órganos administrativos, encabezados por el Consejo de Estado, adoptan una teoría enfocada hacía los elementos esenciales de cada concepto (fuerza mayor y caso fortuito) dotándolos de unos presupuesto y tratamientos diferenciales acercándose a una teoría dualista, diferencias en

las que no voy a profundizar, puesto que el fin de este trabajo investigativo tiene como objeto el contrato comercial privado y es la jurisdicción civil la que esta en cabeza del desarrollo de estos. Ahora bien, volviendo a nuestra teoría monista de los eximentes de responsabilidad, misma que no reconoce diferencia alguna entre alguno de los elementos, puesto que no difieren en ninguno de sus presupuesto o requisitos de existencia y una identidad conceptual y esta amparada en que en el fundamento de nuestra legislación civil que es la legislación francesa, en la que no ha existido diferenciación alguna a estos términos (Leguízamo, 2009), la cual hace un trato a que de los eximentes de responsabilidad civil, ya sea fuerza mayor o caso fortuito se le da un desprendimiento de tres elementos esenciales los cuales son:

- a. Irresistibilidad
- b. Imprevisibilidad
- c. Factor externo

Elementos de origen francés, dejando de lado su análisis desde cada una de las figuras, y fundamentando un análisis del cumplimiento de estos tres elementos dentro del concepto objetivo de la vis maior y vis minor es decir, les da un tratamiento en conjunto. Ahora bien, desde un punto de vista jurisprudencial siempre ha tenido claro que no hay hechos constitutivos por si mismos como fuerza mayor y caso fortuito, ya sea un naufragio, terremoto, apresamiento por enemigos, o actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, no producen por si mismo la existencia de un vinculo; se requiere siempre de una verificación de los elementos anteriormente mencionados, de ahí es que deriva la necesidad de un estudio en específico de cada caso en concreto. (Leguízamo, 2009), así mismo, esbozo las palabras de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil

providencia que es fundamento y actualmente es pilar jurisprudencial en materia de ausencia de responsabilidad:

“Ningún acontecimiento en sí mismo constituye fuerza mayor o caso fortuito liberatorio con respecto a una determinada obligación contractual. La cuestión de la fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos. Cuando de tal fenómeno jurídico se trata, no solo hay que examinar la naturaleza misma del hecho, sino indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación inexecutada, los siguientes caracteres:

a) No ser imputable al deudor;

b) No haber concurrido con una culpa de éste, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al incumplimiento contractual;

c) Ser irresistible, en el sentido de que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor –dominado por el acontecimiento- en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa) de ejecutar la obligación;

d) Haber sido imprevisible, es decir, que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimientos, una posibilidad vaga de realización.” (Corte Suprema de Justicia, 1935)

Como podemos analizar, desde 1935, nuestro órgano civil, va de la mano de esta teoría francesa que anteriormente se mencionó, y ayudándonos a concluir, que para el órgano judicial colombiano, no hay ningún elemento que en si mismo pueda ser considerado como liberatorio, sino que solo lo pueden ser los que se ajustan a este cumulo de requisitos de imprevisibles, irresistibles y externos.

1.1 IMPREVISIBILIDAD.

El caso fortuito y la fuerza mayor, consta de unas características especiales, como dije anteriormente, que deben de ser evaluadas en casa caso concreto, evaluación en la cual se debe de verificar el cumplimiento de cada particularidad, para así afirmar que nos encontramos en un evento de fuerza mayor o caso fortuito. De tal forma, primeramente, para la vis menor y la causus maior, se debe de configurar un elemento de la imprevisibilidad del hecho generador, mismo que se da cuando; aún actuando con un canon de diligencia suficiente en las labores desempeñadas “*el buen padre de familia*”, no le fue posible a la persona prever la ocurrencia del hecho. Pero ¿cómo en la actualidad, algo puede no ser previsible?, para esto la sección tercera del Consejo de Estado, basándose en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido un punto de configuración con respecto a la imprevisibilidad: “*aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, los o no, previamente a su ocurrencia*” (sentencia del 26 de julio de 2005, 2005), entonces, tenemos que para la imprevisibilidad, hay una mediación en conceptos por parte de estos órganos jurídicos, cuando nos hablan de que en el riesgo desplegado por ejercicio de una actividad debe de estar sometido

al ejercicio de cuidado y diligencia que se sostienen para evitar la ocurrencia de daños o faltas a las obligaciones, de ahí, podemos esbozar un régimen de responsabilidad subjetiva aplicable al actuar, por consiguiente, según la Corte Suprema de Justicia, debemos de tener en consideración según la Corte Suprema de Justicia, tres conceptos para acordar lo previsible en un hecho, los mismos son: (Patiño, 2011):

- d. El referente a su normalidad y frecuencia
- e. El atinente a la probabilidad de su realización
- f. El concerniente a su carácter excepcional y sorpresivo

La configuración de estos elementos posterior a la valoración por parte del juez, traerá como consecuencia, el cumplimiento de uno de los primeros requisitos de estos eximentes de responsabilidad por la estructuración de una imposibilidad objetiva absoluta de prever un suceso, es decir, que ninguna otra persona hubiese podido anticiparse a este hecho y sus efectos adversos al negocio jurídico, porque de ahí desprendemos un el “*Ad impossibilia nemo tenetur*” ya que en palabras del Luis Javier Moreno Ortiz:

“por firme y fuerte que sea el poder, o por legítimo o correcto que se estime su ejercicio, o por cualquier otra consideración dada o por dar, siempre acaba destruyéndose cuando se topa con el infranqueable obstáculo de los límites de la posibilidad” (*Moreno, s/f*)

Ahora bien, el juicio que se hace por parte del ente juzgador a la caracterización o no del hecho como imprevisible, tiene tres referentes como anteriormente mencioné. Ya podemos dejar de lado el cumplimiento de estos, debemos de pasar a la forma de fundamentación, ya que el

sistema probatorio colombiano, tiene como principal el rol de las pruebas dentro del debate jurídico. Debemos de atender a obviar todo tipo de generalidad y enfocar el caso en concreto, buscando así la comprobación de la normalidad y frecuencia del hecho, la probabilidad de que este se realizara, atendiendo a los presupuestos objetivos de cada caso en concreto como ya hemos mencionado en repetidas ocasiones.

Por ejemplo, la probabilidad de que una aeronave sea alcanzada por un rayo, es alta, de hecho es frecuente y poco sorprendente, de tal forma, la verificación de los elementos de protección especiales con los que cuentan estos tipos de medios aéreos de transporte de pasajeros y mercancías, debe de manejarse con un debido cuidado “*buen padre de familia*”, ya que el causarse algún tipo de accidente, no habría lugar a una declaración de exoneración de responsabilidad, puesto que como ya hemos mencionado, se esboza una ausencia de la condición de imprevisibilidad, al ser totalmente previsible el hecho. Ahora bien, en el caso sub examine, si en lugar de ser alcanzado por un rayo, el avión es alcanzado por un trozo desprendido de un meteoro, que cruzaba cerca a la tierra, estaríamos ante una situación totalmente imprevisible.

Aunque como dije anteriormente, no es algo que no se pueda pensar que puede suceder, pero para esto utilizaremos la demostración de los presupuestos dados por la Corte suprema de Justicia, probando su normalidad, frecuencia, probabilidad y su carácter sorprendente y excepcional, logrando cumplir con los requisitos de la imprevisibilidad. y si además se llega al cumplimiento de los demás requisitos de factor externo e imposibilidad de resistir, estaríamos ante una ausencia de responsabilidad.

Ahora bien, centrándonos un poco en el tema de la responsabilidad contractual, tenemos que el requisito de previsión debe de darse en las esferas del negocio jurídico, antes y durante la

realización del mismo, con el ejemplo anterior nos inclinamos un poco hacia un ejemplo poco probable, rozando un poco con la ficción. Aunque precisamente eso es lo que busca el concepto de imprevisibilidad, no hay que llegar hasta un nivel tal para poder enmarcar un hecho como imprevisible. En el derecho contractual, encaminándonos mas hacía el comercial, tenemos el principio del *pacta sunt servanta*, que no es mas que otorgar a las partes el derecho de que entre los lineamientos de la ley comercial, se puedan estipular clausulas con fuerza vinculante que no están contempladas dentro de la ley comercial, dotándolas así de una libertad contractual que pueden utilizar para volver previsible lo imprevisible, como por ejemplo en los contratos de transporte marítimo, la pérdida de contenedores ocasionada por las condiciones climáticas extremas que se viven en alta mar es totalmente previsible, aunque las tempestades sean un fenómeno totalmente ajeno a las capacidades de control del hombre, en tanto a no pueden comenzarse o terminarse por voluntad humana, son hechos frecuentes y probables, aunque sorpresivos, porque una tormenta se puede desencadenar en apenas horas.

De tal forma, en ejercicio de esta libertad contractual, se pueden estipular clausulas de responsabilidad en torno a las consecuencias de estos fenómenos naturales, para así evitar someterse a juicios legales, buscando una atribución de responsabilidad o el eximente de la misma, así mismo puede pasar en todos los posibles escenarios jurídicos “omnipresentes”, en los cuales puede preverse situaciones en el ejercicio de los actos comerciales, que podrían ser consideradas como imprevisibles, pero a la luz del ejercicio de “*un buen comerciante*”, al hacer estimación de los riesgos contractuales, pueden ser evaluados y tenidos en cuenta.

Ahora bien, el Código de Comercio, ha alusión a los imprevistos dentro de su artículo 868 el cual consiste en la “Revisión del contrato por circunstancias extraordinarias” siendo un

intento del legislador de regular y mediar las existencias de estos hechos irresistibles “Cuando por circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión” (Decreto 410 de 1971, Código de Comercio de Colombia)

Para que esta teoría de la imprevisión proceda, debe darse un cumplimiento de un cúmulo requisitos, los cuales son:

- a. Que se trate de un contrato válido y de duración prolongada en el tiempo
- b. Suceso imprevisible e imprevisto
- c. Los hechos deben ser ajenos a la voluntad de las partes
- d. Deben de causar la excesiva onerosidad en el cumplimiento del contrato. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el desequilibrio prestacional debe ser cierto, grave, esencial, fundamental, mayúsculo, enorme y significativo.
- e. La prestación afectada debe de ser de futuro cumplimiento.

De tal forma, la teoría de la imprevisión no es igual a la fuerza mayor, puesto que, aunque ambas comparten el requisito de la imprevisibilidad, no ocurre lo mismo con la irrisitibilidad, que como ya lo hemos dicho, es requisito *sinne qua non* de la fuerza mayor y el caso fortuito. Esta imposibilidad de resistir, hace que la parte que esta incumpliendo con su carga contractual le sea absolutamente imposible solventar las obligaciones que tiene con su contra parte (Méndez, 2016), mientras que la revisión del contrato, se da con motivo de un desequilibrio contractual, en el cual a una de las partes le es mas oneroso el cumplimiento de la obligación.

“Se tiene así que la ocurrencia de la fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue imprevisible y que no permitió la ejecución del contrato, en tanto que en la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impeditivos del fenómeno presentado.” (SOCIEDAD CARPAS HERNÁN G. PEDRAZA E HIJOS Y CIA LTDA. VS. NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL., 2005)

1.2 IMPOSIBILIDAD DE RESISTIR

Este segundo requisito de la fuerza mayor y el caso fortuito, hace alusión a que las consecuencias del evento no puedan ser controladas. Es decir, no factible pensar que el sujeto tuvo alguna posibilidad de que usando los medios que estaban a su alcance contrarreste los efectos del evento.

Ya teniendo claro el deber objetivo de previsión necesario dentro del análisis jurídico para verificar el hecho como imprevisible, ahora nos embarcaremos en un análisis por el deber mismo de tomar las medidas necesarias, para evitar la realización del mismo. Pero, esta irresistibilidad, se debe de apreciar en abstracto, es decir, no si específicamente esta persona pudo haber sorteado o vencido el suceso, sino que si el “*hombre medio*”, actuando en las mismas circunstancias, habría podido, en circunstancias normales; superar este evento que se pretende enmarcar como una fuerza irresistible en contra del negocio jurídico.

- a. **“Conviene ahora, por importancia y pertinencia en el asunto sometido al escrutinio de la Sala, destacar que un hecho solo puede ser calificado como irresistible, si es absolutamente imposible evitar sus consecuencias, es decir, que situada cualquier persona en las circunstancias que enfrenta el deudor, invariablemente se vería sometido a esos efectos perturbadores, 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 este pueda asumir respecto de ellos, sino por la naturaleza misma del hecho, al que se le son consustanciales o inherentes unas específicas secuelas. Ello sirve de fundamento para pregonar que la imposibilidad requerida para la liberación del deudor, en casos como el que ocupa la atención de la Corte, es únicamente la absoluta, cerrándose entonces el camino a cualquier otra. (Sentencia Corte Suprema de Justicia, 2005)**

Pero, no es una irresistibilidad frente al hecho mismo que se puede encajar dentro de los presupuestos de la ya mencionada figura, sino, una capacidad objetiva de resistir, no al acto como tal, sino a sus consecuencias. Es decir, no es el fenómeno como tal el que se configura como irresistible bajo cada caso sub examine, son los efectos en el negocio jurídico, los que deben de ser irresistibles para el sujeto. Valoración que como ya mocioné, se da a través de una teoría del hombre medio (Sentencia de 15 de junio de 2000, 2000), ahora bien, de no darse una total irresistibilidad ante los efectos adversos al *contractus*, nos encontramos con la existencia de un grado de resistividad a dichas consecuentes, de tal forma, carecería totalmente del elemento esencial de la ausencia de responsabilidad, puesto que, se transformaría en una

desigualdad material de los elementos fundacionales del contrato, es decir, las cargas contractuales con las que se dio origen al contrato mismo, variaron y generaron un desequilibrio contractual.

Este desequilibrio contractual, se traduciría por regla general en una mayor onerosidad del cumplimiento del mismo, mas no en un total incumplimiento ,como es el caso de la irresistibilidad total, entonces, ya tendríamos una diferenciación en conceptos de irresistibilidad, por un lado la incapacidad total, con fundamento en la total incapacidad de cumplimiento por la ocurrencia de un factor imprevisible imposible de resistir, cumpliendo con los presupuestos aplicables del hombre medio y de un buen comerciante. Y por otro lado, tenemos la incapacidad parcial, que aunque el sujeto no es capaz de contrarrestar la totalidad de los sucesos adversos al cumplimiento del contrato, no podemos calificar el hecho como irresistible, pues la dificultad de carácter personal que yacen sobre el deudor para atender los compromisos contractuales, o aquellas situaciones que aunque son gravosas, no frustran en la total capacidad de cumplimiento y que, traen la obligación de asumir ciertas cargas, es decir, constituyen hechos que son superables, pero que acarrear una mayor onerosidad.

Por eso, los eventos que puedan ser superables, pero requieran de mayor esfuerzo o mas gravosos por la parte contractual, es decir, el sujeto que lo soporta, no puede ser considerados, como irresistibles y pretender el cumplimiento de este requisito de la fuerza mayor, cuando carecen de la irresistibilidad total de la que trata la ausencia de responsabilidad

Resulta menester retomar un concepto ya utilizado anteriormente en este trabajo de investigación, el cual es “*ad impossibilia nemo tenetur*”, que es mejor ejemplo tenido en cuenta dentro de la sentencia del 31 de mayo de 1965 de la Corte Suprema de Justicia, cuando establece

que cuando algo es irresistible, es algo inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias y que *“debe aceptarse que el hecho superable mediante la adopción de medidas que permitan contener, conjurar o eludir sus consecuencias, no puede ser invocado como constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, frente al cual, se insiste, el ser humano debe quedar o permanecer impotente”* (Sentencia Corte Suprema Justicia, 2005)

Tanto es así, que Antonmattei quien es un doctrinante francés, establece que la imprevisibilidad puede confundirse con la irresistibilidad, pero esta segunda, contiene diferentes elementos que configuran la fuerza mayor, mismos que imposibilitan la realización del hecho, los cuales son la imposibilidad creada por el evento, la inevitabilidad de este último y sus consecuencias, y la irresistibilidad (Antonmatte, 1992), entonces, se puede deducir, que el autor le quiere restar importancia a la imprevisibilidad y darle mucha más importancia a la irresistibilidad como una característica que determina la fuerza mayor.

1.3 EL FACTOR EXTERNO

Ahora bien, la exigencia de este elemento se fundamenta en la causa extraña, es decir, el hecho que constituye o pretende constituir una fuerza mayor o caso fortuito, debe de ser ajeno a la actividad dentro de la cual se ha ocasionado el incumplimiento, en otras palabras, la ausencia de responsabilidad se fundamenta como aquel hecho que no depende del actuar de ninguna de las partes que se encuentran vinculadas al hecho provocador, de tal forma; no debe de ser imputable ni a quien lo causa ni a quien lo sufre (Patiño, 2011), dándose así un rompimiento del nexo de causalidad entre el hecho generador o el evento, y la persona que sufre sus consecuencias, ya que de existir tal nexo, no estaríamos ante una ausencia de responsabilidad, en relación a que la

misma persona fue quién desencadenó el cúmulo de sucesos que terminó en una situación irresistible para la realización del negocio jurídico, explicado en grados de la responsabilidad, para la existencia de esta misma, debe de existir la relación entre un hecho con el daño causado, cuando estamos ante la ausencia de responsabilidad, nos encontramos con un rompimiento del nexo de causalidad, por no encontrarse la relación entre la actuación del deudor y el resultado producido, en palabras del Consejo de Estado:

“En lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de que sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración -al menos con efecto liberatorio pleno- de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el

cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada” (CONSEJO DE ESTADO , 2011)

Doctrinariamente, Tamayo Jaramillo, define causa extraña como “La causa extraña es el efecto irresistible y jurídicamente ajeno al deudor o agente causante del daño y que constituyen causa extraña”. (Jaramillo, 2010), de tal forma que no es otra la causa extraña, que la participación de un elemento extraño al suceso normal de los hechos que rodean el cumplimiento de las obligaciones contractuales, el cual desencadena una serie de efectos que terminan en un hecho irresistible en sus efectos e imprevisible en su para alguna de las partes contractuales

CAPITULO II

GENERALIDADES DE LA LEY COMERCIAL, EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL COMERCIAL Y LAS CAUSALES PARA LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO POR PARTE DEL ARRENDATARIO EN COLOMBIA

En materia comercial, se da una distinción entre los contratos de arrendamiento de local comercial a los civiles, siendo que estos se rigen a partir del Decreto 410 de 1971, mediante el cual se expidió el Código de Comercio, mismo por el cual se da un tratamiento especial a los actos mercantiles allí contenidos.

Dentro del mismo, se reguló en cierto grado los contratos de arrendamiento de locales comerciales, ya que estos al ser utilizados con un fin mercantil, tenían una característica de especialidad, misma que se da puesto a que el contrato de arrendamiento es una forma de propiedad comercial, como dije anteriormente otorga derechos de uso y goce de un bien inmueble.

Al cobijar los arrendamientos bajo la esta normatividad, la persona que ejerce este tipo de actos, es decir; de comercio a la luz de la ley; lo cobija este elemento extraño a los contratos civiles, perteneciente a la ley mercantil (Vélez, 2015)

Explicado de una mejor forma, según el legislador los contratos de alquiler de vivienda y los contratos de alquiler de local comercial, debían de diferenciarse y tratarse en códigos aparte por el fin mismo de los contratos, ya que el primero, es para uso o habitación y el segundo, tiene como fin ser parte esencial del establecimiento de comercio, como lo son (nombre comercial, marcas, productos, servicios, mercancías, mobiliario), de tal forma; dentro de los artículos 518 a 524 del ya conocido Decreto 410 de 1971 por el cual se expidió el Código de Comercio, se reguló la figura del arrendamiento de local comercial en Colombia.

En la sentencia T-537 de 2009 de la Corte Constitucional precisó:

“El contrato de arrendamiento de locales comerciales está sujeto en su régimen legal a las disposiciones contenidas en los artículos 518 a 524 del Código de Comercio y por expresa disposición del artículo 2º, las cuestiones que no se encuentren allí contempladas, deberán ser resueltas por interpretación analógica o por las normas que sobre el contrato de arrendamiento establece el Código Civil.”

Siguiendo lo expresado por la Corte Constitucional y lo preceptuado en el Artículo 2 del Decreto 410 de 1971 que reza:

“En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicaran las disposiciones de la legislación civil”.

Podemos deducir que, en la legislación colombiana, se da una analogía normativa, mediante la cual es posible aplicar las normas contenidas en el código civil, para sufragar vacíos contenidos en el Código de Comercio. Por lo cual, los elementos que específicamente no regule el Código de Comercio con relación al arrendamiento de local comercial en Colombia, se utilizarán las disposiciones contenidas en la ley civil relacionadas a los contratos de arrendamiento allí contenidos, para sufragar estos vacíos normativos.

Ahora bien, entrando en la legislación comercial, el contrato de arrendamiento lo regulan los artículos 518 a 524 del decreto 410 de 1971, artículo 518 que contiene la regulación frente al derecho de renovación del contrato de arrendamiento, que dota al arrendatario de un derecho adquirido por el paso de no menos de dos años que garantiza que tras el vencimiento del contrato de arrendamiento, el arrendador tendrá la obligación de renovarle dicho contrato, salvo 3 excepciones contenidas en dicho artículo.

“a. Cuando el arrendatario haya incumplido el contrato;

b. Cuando el propietario necesite los inmuebles para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta de la que tuviere el arrendatario, y

c. Cuando el inmueble deba ser reconstruido, o reparado con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin la entrega o desocupación, o demolido por su estado de ruina o para la construcción de una obra nueva” (Artículo 518 Decreto 410 de 1971)

Y en el artículo 520 del mismo código, tenemos la forma como se debe de realizar el desahucio de las los arrendatarios que se encuentren dentro de los primeros dos numerales del artículo 518.

“ART. 520.—En los casos previstos en los ordinales 2o y 3o del artículo 518, el propietario desahuciará al arrendatario con no menos de seis meses de anticipación a la fecha de terminación del contrato, so pena de que éste se considere renovado o prorrogado en las mismas condiciones y por el mismo termino del contrato inicial. Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo los casos en que el inmueble sea ocupado o demolido por orden de autoridad competente. “(Decreto 410 de 1971)

De tal forma, son tan solo dos los artículos del Código de Comercio nos regulan la terminación del contrato de arrendamientos, uno que expresa las cláusulas que se pueden invocar por parte del arrendador para no dar por renovado el contrato de arrendamiento, mas no para terminarlo en el transcurso de ejecución y el segundo, el procedimiento como garantía para que dicho desahucio se produzca de una manera ajustada a derecho, y protegiendo la parte mas débil del contrato, que en este caso es el arrendatario. Ahora bien, todo el actuar dentro de este proceso y demás etapas de todo negocio comercial, debe de ir a justado al principio de buena fe, mismo que se define como:

“La convicción, predicada de quien interviene en el mercado, de estar actuando honestamente, con honradez y lealtad en el desarrollo y cumplimiento de los negocios, o como la practica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad,

lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones, que les permite obrar con la conciencia de no perjudicar a otra persona ni defraudar la Ley, e implica ajustar totalmente la conducta a las pautas del ordenamiento jurídico” (Corte Constitucional M.P HUBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, 2009)

Buena fe, que debe de ser aplicada desde las etapas pre contractuales y contractuales del negocio jurídico, aplicando los mandatos de confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rigen a los comerciantes, en el artículo 871 del Código de Comercio, nos encontramos la normatividad relacionada a esta buena fe comercial, rezando:

“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural. “

Encadenado con esto, con la construcción de un contrato de arrendamiento, se debe encaminar en el cumplimiento de las obligaciones y condiciones inicialmente pactadas, con respecto al precio, duración y obligaciones. Pero, de no existir dicho cumplimiento, nos debemos de remitir a la ley, para intentar dependiendo del grado de este, y de las condiciones de las partes, terminar el contrato de arrendamiento (Vélez, 2015)

No obstante, si nos guiamos netamente a la legislación comercial, nos encontraremos con una serie de vacíos normativos referentes a la solución del escenario presentado. Puesto que el Decreto 410 de 1971, como dije anteriormente solo presenta las situaciones en las cuales no se renueva el contrato de arrendamiento, y solo de los contratos que han tenido una vigencia de anterioridad no menor a dos años

“... en materia de arrendamiento de locales comerciales por un término inferior a dos años existe un vacío normativo en la legislación comercial que ha admitido

interpretaciones disímiles tanto de la jurisprudencia como de la doctrina sobre las normas particularmente aplicables en tales circunstancias” (Corte Constitucional M.P Mauricio González Cuervo., 2008)

Por lo cual, mediante la analogía iuris, contemplada en el ya mencionado artículo 2 del Código de Comercio, nos debemos de remitir a otras leyes para llenar estos vacíos normativos relativos a la terminación del contrato de arrendamiento de local comercial, por consiguiente, nos remitiremos a la ley 57 de 1887, mediante la cual se crea el Código Civil Colombiano.

Antes de remitirnos a esta ley civil en la parte relativa sobre las causales de terminación del contrato, es menester mencionar el artículo 1602:

“Los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (ley 57 de 1887)

De existir acuerdo entre las partes para la terminación del contrato de arrendamiento, puede terminarse de mutuo acuerdo, en la medida en que fueron las mismas partes las que dieron nacimiento al contrato, de tal forma, pueden ser estas mismas, las que disponen las condiciones de la terminación, haciendo un ejercicio del pacta sunt servanda, en el cual puede de disponer sobre la responsabilidad, indemnizaciones y pagos de cánones adeudados y futuros.

Dotándolos así a las partes de una capacidad de re negociar o terminar el contrato inicialmente signado. Y de llegar a un acuerdo, la extinción de las obligaciones recíprocas que ostentaban las partes, pero esta situación solo tiene existencia y vigencia, cuando hay una voluntad de ambas partes de terminar el contrato de arrendamiento, de tal forma, se puede configurar como una causal, pero requiere el muto disenso como causal de extinción de las obligaciones (Hinestrosa, 2002).

En el artículo 2008 del Código Civil, encontramos las causales de terminación del contrato de arrendamiento, a diferencia de las contempladas dentro de la legislación comercial, estas contemplan la terminación dentro la ejecución del plazo del contrato, es decir, antes del vencimiento.

El arrendamiento de cosas expira de los mismos modos que los otros contratos, y especialmente:

1. Por la destrucción total de la cosa arrendada.
2. Por la expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo.
3. Por la extinción del derecho del arrendador, según las reglas que más adelante se expresarán.
4. Por sentencia de juez o de prefecto en los casos que la ley ha previsto.”

Además de esto, nos encontramos con otras casuales, las cuales son la terminación por el no pago de la renta o canon de arreamiento, la utilización del local para uso distintos al indicado en el contrato de arrendamiento, cuando el arrendatario no conserve el local en buen estado, y cualquier otro incumplimiento del arrendatario.

Por ahora, no ahondaremos en las causales relativas a la posibilidad de terminar el contrato por parte del arrendador, pues no presta fin alguno en este momento para el trabajo de investigación, ya que el fin de este es la búsqueda de la posibilidad de terminación del contrato de arrendamiento por parte del arrendatario en ocasión a la emergencia social y canónica que atraviesa el país por el COVID-19. De tal forma, nos debemos de remitir a normas específicas de la legislación civil con relación al tema estructurado.

Las causales de terminación del contrato de arrendamiento por parte del arrendatario se configuran dentro de los artículos de la legislación civil, estando estos contenidos en articulados diferentes, y se da como el incumplimiento a una obligación propia del arrendador, que puede ser alegada por el arrendatario para dar por terminado el contrato de arrendamiento de manera unilateral.

La primera causal de terminación del contrato, la encontramos en el título XXVI “Del contrato de arrendamiento”, Capítulo II “De las obligaciones del arrendador en el arrendamiento de cosas” el artículo 1985 del Código Civil, el cual dispone:

“La obligación de mantener la cosa arrendada en buen estado consiste en hacer, durante el arriendo, todas las reparaciones necesarias, a excepción de las locativas, las cuales corresponden generalmente al arrendatario.

Pero será obligado el arrendador aún a las reparaciones locativas, si los deterioros que las han hecho necesarias provinieron de fuerza mayor o caso fortuito, o de la mala calidad de la cosa arrendada.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas obligaciones.”

El incumplimiento de esta obligación por parte del arrendador, daría lugar a un incumplimiento de las obligaciones mismas del contrato, lo que según lo preceptuado en el artículo 1990 del mismo código que dispone los derechos del arrendatario ante el mal estado de las cosas:

“ART. 1990. —El arrendatario tiene derecho a la terminación del arrendamiento y aun a la rescisión del contrato, según los casos, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido arrendada, sea que el arrendador conociese o

no el mal estado o calidad de la cosa al tiempo del contrato; y aun en el caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, pero sin culpa del arrendatario.”

Dentro de esta terminación hay una existencia de una indemnización por el mal estado de la cosa arrendada, en cuanto a que la existencia de esta causal se traduce en la imposibilidad de que el arrendatario pueda hacer uso y goce de la misma en las condiciones inicialmente estipuladas, indemnización que contempla el artículo 1991, cuando dispone: “tendrá además derecho el arrendatario, en el caso del artículo precedente, para que se le indemnice el daño emergente, si el vicio de la cosa ha tenido una causa anterior al contrato”

Ahora bien, otra disposición normativa que ostenta el arrendatario para dar por terminado el contrato de arrendamiento, la contempla dentro de los derechos por la perturbación de terceros, disposición contenida dentro del Artículo 1988 del Código Civil, misma que afecta el goce y uso del bien.

“Si el arrendatario es turbado en su goce por vías de hecho de terceros, que no pretenden derecho a la cosa arrendada, el arrendatario a su propio nombre perseguirá la reparación del daño.

Y si es turbado o molestado en su goce por terceros que justifiquen algún derecho sobre la cosa arrendada, y la causa de este derecho hubiere sido anterior al contrato, podrá el arrendatario exigir una disminución proporcionada en el precio o renta del arriendo para el tiempo restante.

Y si el arrendatario, por consecuencia de los derechos que ha justificado un tercero, se hallare privado de tanta parte de la cosa arrendada, que sea de presumir que sin esa parte

no habría contratado, podrá exigir que cese el arrendamiento.

Además, podrá exigir indemnización de todo perjuicio, si la causa del derecho justificado por el tercero fue o debió ser conocida del arrendador al tiempo del contrato, pero no lo fue del arrendatario, o siendo conocida de éste, intervino estipulación especial de saneamiento con respecto a ella.

Pero si la causa del referido derecho no era ni debía ser conocida del arrendador al tiempo del contrato, no será obligado el arrendador a abonar el lucro cesante”

Sumando a estas causas mencionadas, el arrendador, tendrá derecho a la terminación del contrato de arrendamiento por cualquier otro incumplimiento contractual al que haya lugar, ya que como manifestamos anteriormente. La libertad contractual con la que esa cuenta dentro de la legislación comercial, dota a las disposiciones o acuerdos contractuales con fuerza material de ley, lo que hace que su cumplimiento sea obligatorio ceñido a los principios y normas superiores (Vélez, 2015)

CAPITULO III

**ADECUACIÓN DE LAS CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE
ARRENDAMIENTO COMERCIAL EN COLOMBIA A LA SITUACIÓN ACTUAL
PRESENTADA EL COVID-19**

Luego de tener las causales de terminación del contrato de arrendamiento por parte de los arrendatarios en Colombia, debemos de precisar que la situación actual que se presenta por el covid-19, ha tenido graves repercusiones en la economía nacional. Por lo que ha creado situaciones nuevas importantes para la estabilidad contractual de los arrendamientos de locales comerciales. Lo que conlleva a que la parte afectada, en este caso el arrendatario busque las formas de reducir el perjuicio económico, por lo que se debe de remitir a la ley, para en ella, buscar una solución a su condición de desigualdad.

Ya mencionamos las causales que contempla la ley para la terminación del contrato de arrendamiento por parte del arrendatario. Ahora bien, en un análisis de las mismas, en primera medida tenemos la capacidad que les otorga la ley civil de renegociar los contratos a las partes, aplicando el principio del pacta sunt servanda. De tal forma, los contratos pueden ser modificados o terminados por el consentimiento mutuo de las partes.

Pero, como dispone la ley, este modo de extinguir o modificar las obligaciones requiere de la voluntad de las partes (Hinestrosa, 2002), lo que en la mayoría de situaciones generadas por la pandemia, no ocurre.

Lo anterior, sería una negociación privada, sin la intervención de un tercero externo al negocio inicial, y que puede materializarse a través de una adición al contrato de arrendamiento inicial, que modifica una o varias cláusulas, como el precio o la duración, los cuales por lógica

serían las que se buscaría re negociar en a la situación actual atravesada por los comerciantes nacionales.

“No es un misterio para las partes contratantes que, bajo los postulados de la libertad negocial, pueden realizar cualquier variación a los términos iniciales del contrato siempre y cuando lo hagan de mutuo acuerdo; es decir, con el consentimiento de aquellos que suscribieron inicialmente el contrato, no existiendo en la ley o la jurisprudencia una formalidad o solemnidad que obligue a los contratantes a someterse a unas condiciones procesales para la validez de esa modificación. (concepto cámara de comercio, 2018, Pág. 6)

Ahora bien, las partes pueden hacer uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, acudiendo a un tercero para que medie entre las posiciones de ambos, llegando a un acuerdo entre los derechos que son susceptibles de transacción, desistimiento, y aquellos que la ley determine. Es decir, derechos “inciertos” y “discutibles”.

De lograr las partes a un acuerdo conciliatorio, según lo dispuesto en la ley 640 de 2001, este acuerdo tiene las características de una sentencia proferida por una autoridad judicial, en tanto a que responde a las características de prestar merito ejecutivo y cosa juzgada. (Jaramillo, 2010)

De tal forma, en caso de no haber una uniformidad en este consentimiento, se debe de buscar una forma de terminar el contrato de manera unilateral por parte del arrendatario, lo que nos deja las situaciones ya mencionadas contenidas en el Código Civil, o en el contrato mismo. Este último, ya sería un estudio específico de casa caso, en cuanto a que, la libertad contractual, como ya mencioné, les da una posibilidad solo limitada por las normas superiores de establecer

cláusulas regulatorias del contrato, y esta dentro de las posibilidades, que las partes hayan previsto la ocurrencia de una situación similar a la que estamos atravesando, por lo que dentro del mismo contrato se encontraría la forma en la cual se podría llegar a una eventual solución de la condición de imposibilidad de asumir las cargas contractuales. (Vélez, 2015)

De tal forma, en este estudio mas objetivo, nos remitiremos a las causales contenidas en los Artículos 1973 y siguientes del Código Civil los cuales regulan la terminación del contrato de arrendamiento por parte de los arrendatarios.

Luego del análisis que realizamos de estas cláusulas, podemos inferir con no mucho esfuerzo, que en aplicación de la situación actual en la que se encuentran miles de comerciantes al tener cerrados al público sus establecimientos de comercio, no se encuentra lugar al cumplimiento de los requisitos que estas causales de la legislación civil contienen.

Ya que, estas causales van guiadas hacía la resolución del contrato por incumplimientos propios del arrendador, lo que no tiene lugar en los eventos actuales, como, por ejemplo, el deber que tiene el arrendador de entregar y mantener en un estado funcional el local comercial (Artículo 1985 Código de Comercio) no se ve incumplido. El local comercial se puede encontrar en estado optimo para la destinación por parte del arrendatario. Pero son las medidas tomadas por el gobierno nacional, en el marco del estado de excepción, hacen que dicho local a pesar de estar en condiciones optimas, además de no contar con perturbación de terceros o no ostentar algún incumplimiento por parte del arrendador, deba permanecer cerrado al público. Lo que lleva a que sus utilidades sean iguales a cero. Pero, sus costos en términos de arrendamiento en las mismas condiciones que tenía cuando operaba con total normalidad.

Ahora bien, lo preceptuado en la ley, la cual dispone que las partes están obligadas a lo que establezcan los contratos firmados por ellos (Sentencia Corte Suprema de Justicia, 2005), y

al arrendador como ya expliqué, no incurrir en ningún momento en incumplimiento contractual o de sus deberes, la parte arrendataria debe de solventar las obligaciones contra prestacionales que tiene en cargo.

Obligaciones que, para el caso en concreto, que es el estudio de los contratos de arrendamiento y la situación actual afrontada por el COVID-19, no pueden ser solventadas por parte de la parte arrendataria del bien, ya que al encontrarse cerrado su establecimiento de comercio, su actividad comercial se ve detenida, por lo que, de igual forma, no es difícil suponer que el establecimiento de comercio, al ser su fuente de ingresos y este estar cerrado. No recibe ganancias del ejercicio de su actividad comercial, por lo cual no le es posible solventar las obligaciones de carácter pecuniario que tiene a su cargo.

En conexión a esto, al no poder solventar la obligación de pago contraída mediante el contrato de arrendamiento, estaríamos ante un incumplimiento contractual por parte del arrendatario, incumplimiento contenido dentro del artículo 2000 del Código Civil, mismo que reza:

“El arrendatario es obligado al pago del precio o renta.

Podrá el arrendador, para seguridad de este pago y de las indemnizaciones a que tenga derecho, retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada, y todos los objetos con que el arrendatario la haya amueblado, guarnecido o provisto, y que le pertenecieren; y se entenderá que le pertenecen, a menos de prueba contraria”

El incumplimiento contractual de los cánones de arrendamiento, así como de cualquier obligación como dice el artículo en mención, da lugar a unas sanciones, una de ellas contenida generalmente en los contratos mismo, la cual es la cláusula penal.

Estas cláusulas penales son disposiciones contractuales por medio de las cuales las partes de un negocio jurídico, buscan promover el cumplimiento de las obligaciones que tienen en favor suyo. Mediante la estipulación de sanciones en el caso del incumplimiento de alguna o varias cláusulas del contrato (Hinestrosa, 2002), esta cláusula esta contenida en el artículo 867 de la ley 410 de 1971:

Quando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

Quando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

Quando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte. “

La injerencia en mora es uno de los presupuestos elementales de la responsabilidad civil contractual y es la ausencia del pago o contraprestación acordada dentro del las obligaciones contenidas en el contrato de arrendamiento (Vélez, 2015), el Código Civil en su artículo 1608 expresa la constitución en mora cuando:

- 1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.**
- 2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.**

3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

Por consiguiente, la constitución en mora por parte del arrendatario se daría desde el momento en el cual se causó el pago, es decir. La fecha, momento y lugar en el que según el contrato de arrendamiento se debía de hacer el abono del canon, y este no se realizó. Desde ese momento hasta la satisfacción del mismo, el arrendatario se encuentra en mora (Hinestrosa, 2002).

Ahora bien, dándole aplicación al artículo 2003 del Código Civil en el cual se regula la obligación del pago de perjuicios y pago de cánones adeudados, si el arrendatario decidiese sin justa causa terminar el contrato de arrendamiento, el arrendador buscaría la aplicación del artículo mencionado con anterioridad el cual reza:

“Cuando por culpa del arrendatario se pone término al arrendamiento, será el arrendatario obligado a la indemnización de perjuicios, y especialmente al pago de la renta por el tiempo que falte hasta el día en que desahuciendo hubiera podido hacer cesar el arriendo, o en que el arriendo hubiera terminado sin desahucio...”

Ubicando al arrendatario en una posición en la cual debería de solventar la indemnización y el pago de rentas faltantes. Este artículo 2003 del Código Civil esta construido por la posibilidad de incumplimiento de alguna de las obligaciones establecido en el contrato de arrendamiento, ya que obliga al arrendatario a llevar a cabo las cargas contractuales inicialmente pactadas, las cuales incluyen los cánones restantes para llevar a término el objeto contractual y las indemnizaciones a las que hubiese lugar.

“Quedó probado que por culpa de la Convocada el contrato de arrendamiento se terminó, en consecuencia, aplicando los efectos del artículo 2003 del C.C., se condenará a la Convocante al pago de los cánones que faltaren hasta que el arrendamiento hubiere terminado, es decir, el 31 de diciembre de 2015” (Cámara De Comercio De Bogotá Laudo En Derecho, 2016)

De manera que, podemos concluir que el arrendatario, no encuentra casual alguna para terminar el contrato de arrendamiento de manera unilateral, ya que los eventos generados por la propagación de la enfermedad COVID.-19, no se pueden encajar en ninguna de las casuales de terminación del contrato de arrendamiento de manera unilateral, y es obligación del mismo, continuar con los pagos de los cánones mensuales. De tal forma, al este terminar el contrato unilateralmente, el juez decretaría que el contrato de arrendamiento fue terminado sin que mediara justa causa, y le daría aplicación al artículo 2003 del Código Civil y las demás sanciones que por ley o contrato hubiese lugar.

Por consiguiente, de no existir o llegarse a un acuerdo con el arrendador, sobre el reajuste del contrato de arrendamiento, la cual es la única medida que podría mediar para que o se termine el contrato de arrendamiento, o se modifique en sus cláusulas antes de acudir a una vía judicial para que el arrendatario pueda atenuar la situación que esta sobrellevando, y no dar lugar al generamiento de un incumplimiento contractual o a la constitución en mora.

Es imperativo, mencionar el decreto 797 de 2020, que fue expedido en el marco de la emergencia económica, social y ecológica por la Presidencia de la República, fue expedido el 04 de Junio del 2020, es decir, cuatro meses luego de que se decretara la primera cuarentena o

Asilamiento preventivo obligatorio, como se le denominó por parte del Gobierno Nacional (Decreto legislativo 457 del 22 de marzo de 2020), este decreto 797 permitió que unilateralmente se terminaran los contratos de arrendamiento de unos locales comerciales específicos, los cuales fueron los mas golpeados durante la declaración de emergencia y los aislamientos que le siguieron:

- Bares, discotecas, billares, casinos, bingos y terminales de juego de video.
- Gimnasios, piscinas, spa, sauna, turco, balnearios, canchas deportivas, parques de atracciones mecánicas y parques infantiles.
- Cines y teatros.
- Servicios religiosos que impliquen aglomeraciones.
- Alojamiento y servicios de comida.
- Eventos de carácter público o privado que impliquen aglomeración de personas.

Estableció que todos los contratos de arrendamiento de local comercial que estuvieran dentro de estos servicios, podían ser terminados de manera unilateral por los arrendatarios cumpliendo un cumulo de requisitos, el primero era una característica de temporalidad, que se configuraba desde la fecha de promulgación del decreto 797, es decir el 4 de junio de 2020, hasta el 31 de agosto del mismo año, la segunda condición era la ausencia de mora en el pago de los cánones, es decir, el arrendatario debía de estar a la fecha de terminación del contrato de arrendamiento, sin ningún pago pendiente correspondiente a los cánones de arrendamiento y su forma pactada.

Es necesario hacer un paréntesis en este punto, pues como dije anteriormente, desde la primera fecha de declaración de la emergencia y el primer aislamiento preventivo obligatorio. Es

decir, marzo del 2020, hasta la fecha de promulgación del mencionado decreto, ya se habían causado al menos tres periodos de pago, en los cuales los ingresos de los sectores en mención fueron iguales a cero, de tal forma, que a pesar de quererse acoger a lo dispuesto en este Decreto, no podían hacerlo por la falta de cumplimiento del requisito de la no injerencia en mora al momento de la terminación, por lo cual no les fue posible acogerse y siguieran causándose obligaciones pecuniarias a cargo de los arrendatarios

Ahora bien, los arrendatarios que pudieron acogerse a dicho decreto legislativo, como sanción les correspondía

“el pago de una tercera parte de la cláusula penal pactada en el contrato, sin que procediera cualquier otra penalidad, multa o sanción a título de indemnización proveniente de la ley o acuerdo entre las partes. De no existir esta cláusula penal, como indemnización debían de cancelar el valor correspondiente a un canon de arrendamiento” (Decreto Legislativo 797 del 04 de Junio 2020).

Cuando se expresa “los arrendatarios que pudieron acogerse a dicho decreto legislativo” en el párrafo anterior, además de los que pudieron por el cumplimiento de los requisitos; contempla los que pudieron acogerse antes de la promulgación de la sentencia C-409/20 del 17 de septiembre de 2020, promulgada por la corte constitucional de Colombia haciendo uso de las funciones contenidas en la Constitución Política “Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución”(Constitución Política de Colombia 1991 Artículo 241 Numeral 7)

Misma sentencia decidió sobre la constitucionalidad del Decreto 797 de 2020, en la cual, según la parte motivada de esta providencia consideró como no necesaria para intervención del

gobierno en los contratos de arrendamiento, para favorecer a la terminación unilateral del contrato, en cuando existían otros mecanismos mediante los cuales las partes podrían llegar a un acuerdo, como la negociación o un proceso judicial en caso de un no acuerdo. De tal forma, estas medidas afectaban de manera tajante los principios de libertad económica y contractual de las partes, así la medida condicional, transitoria y excepcional.

Además, al dotar solo a una parte de la posibilidad de terminar el contrato de arrendamiento, la Corte considera que se crea una asimetría injustificada en los derechos de las partes contractuales

“La falta de proporcionalidad en comento, se hace manifiesta y llega al extremo de la arbitrariedad cuando se considera que el arrendatario, además de estar facultado para terminar unilateralmente el contrato, queda exonerado, por virtud de la norma que fue declarada inexequible, de *“cualquier otra penalidad, multa o sanción a título de indemnización, proveniente de la ley o de acuerdos entre las partes”*.” (Sentencia C-409 de 2020 Corte Constitucional de Colombia M.P Luis Javier Moreno Ortiz)

Esta declaración de inexequibilidad no fue objeto de condicionamiento en el tiempo, por razones de seguridad jurídica. Por lo tanto, la declaración de Inexequibilidad produce efectos jurídicos a partir de su comunicación. Esto quiere decir que las actuaciones realizadas con anterioridad a la comunicación de la providencia anterior, produjeron efectos jurídicos válidos (Setencia Constitucionalidad M.P. Luis Javier Moreno Ortiz, 2020), en estricto sentido de lo anterior, las terminaciones unilaterales que se produjeron con anterioridad a la promulgación de dicha providencia, son válidas en el mundo jurídico, pero, nuevamente deja en la posición de inferioridad a los arrendatarios o que no cumplían el requisito de la ausencia de mora, o que no

lograron terminar unilateralmente el contrato con anterioridad da la declaración de inexigibilidad por parte del órgano constitucional.

CAPITULO IV

LAS MEDIDAS TOMADAS POR PARTE DEL GOBIERNO NACIONAL PARA MITIGAR LA PROPAGACIÓN DEL VIRUS COVID-19 COMO FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO Y LA TEORÍA DE LA IMPREVISIBILIDAD

Como ya sabemos, para que un hecho pueda ser considerado como fuerza mayor caso fortuito, debe de existir la concurrencia de tres factores las cuales son la imprevisibilidad, irrisitibilidad y el factor externo (CIVIL, s/f). En este capítulo final, revisaremos el posible encausamiento de los eventos relativos al la enfermedad COVID-19, y las mediadas tomadas por parte del Gobierno Nacional con el fin de mitigar la propagación de esta enfermedad a los presupuestos de la vis absoluta y la vis menor sin hacer distinción entre estos conceptos, siguiendo la jurisprudencia civil, que como ya se explicó, les da un trato igualitario.

En primera medida, debemos de analizar que no es la enfermedad como tal la que nos constituirá como fuerza mayor o caso fortuito, en tanto a que ningún comercio fue cerrado por la enfermedad en sí misma, es decir, el COVID-19, por si mismo no obligó a los dueños de bares, discotecas, restaurantes, hoteles, centros de eventos, empresas, etc a cerrar sus puertas, ya que la obligación de cerrar sus establecimientos al público provino del Gobierno Nacional, que en uso de las facultades constitucionales y legales de la declaración del estado de emergencia social y

económica, expidió decretos legislativos que limitaron los derechos de libre circulación a la población colombiana y consecuencia de esto, el cierre de los establecimientos de comercio.

Como ya lo mencionamos la fuerza mayor y el caso fortuito se encuentran regulados en el artículo 64 del Código Civil que dispone como fuerza mayor “el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad por un funcionario público, etc.” (Artículo 64 ley 84 de 1873).

De tal forma, que vamos a realizar el análisis no del COVID-19 como presupuesto de fuerza mayor y caso fortuito, sino las medidas tomadas por parte del gobierno nacional como “*actos de autoridad por un funcionario público*” como posible fuente de exoneración de responsabilidad, por consiguiente, es menester establecer el supuesto cumplimiento de cada uno de los requisitos de la fuerza mayor.

1. LA IMPREVISIBILIDAD

En el análisis que debemos de realizar a la imprevisibilidad de las medidas decretadas por el gobierno nacional para mitigar la propagación del COVID-19, de tal forma. Como se explicó en el primer capítulo de este documento, la Corte Suprema de Justicia tiene tres conceptos para considerar un hecho como imprevisible (Patiño, 2011).

1.1 Normalidad y frecuencia.

En cuanto al primer concepto referente a la normalidad y frecuencia de la ocurrencia del hecho, nos debemos de remitir a la existencia del virus, el cual fue el causante de la toma de las medidas gubernamentales, la ocurrencia de epidemias y virus no es un hecho muy ajeno a

nuestra realidad, en tanto a que a lo largo de los últimos 10 años, han sido cantidades las enfermedades que han azotado la humanidad, como el Ébola, H1N1, Dengue, Fiebre de Lassa, Gripe aviar, etc. Así como 18 tipos diferentes de COVID que precedieron al actual COVID-19.

Estas enfermedades, aunque mortales, inclusive con un riesgo de mortalidad mucho mayor al actual COVID-19, no fueron tan extensivas como para llegar a aislar a más del 90% de la población mundial en sus hogares, escasamente pudimos ver en algún noticiero, periódico o demás medios de información, que algunas ciudades africanas a causa del Ébola (2014), se sometían a cuarentena y así con las demás enfermedades. Pero nunca habíamos vivido que una de estas enfermedades se propague de la misma forma del COVID-19

De tal forma, la única fuente que tenemos de una situación similar luego de 1900, es la gripe española, misma que terminó con la vida de aproximadamente 40.000.000 de personas (Pulido, 2018), y para evitar su propagación se tomaron medidas entre ellas la cuarentena y el cierre de espacios públicos. Con consecuencias económicas similares a las que estamos sobrellevando actualmente por el COVID-19 (PHILLIPS, 202)

Entonces, teniendo como base de que la única cuarentena mundial se dio hace más de 100 años, es normal e inclusive frecuente la aparición de enfermedades a lo largo de la historia.

Pero, no es para nada normal, mucho menos frecuente que se dicten medidas tan rigurosas para contrarrestar la propagación de estas enfermedades, más cuando no se generaron en el mismo territorio nacional. Ya que la única información que tenía era sobre un brote de una enfermedad en un país que se encuentra al otro lado del mundo, era similar a lo que ya había ocurrido con otras enfermedades, mismas que no habían supuesto la toma de tan rigurosas y

gravosas decisiones para mitigar su propagación, que hoy en día, luego de un año del primer asilamiento, todavía tenemos en cierta medida.

Tanta fue la incredulidad que se tuvo de la propagación de este virus, que el gobierno nacional envió un avión perteneciente a las fuerzas aéreas, para que trajera a los colombianos que estaban en este momento en Wuhan- República Popular de China, el cual era el foco del brote de esta enfermedad.

1.2 El atinente a la probabilidad de su realización

Dentro del actuar de “*un buen padre de familia*” referente al análisis de la probabilidad de realización del hecho, para este caso la toma de medidas por parte del gobierno nacional, nos debemos remitir nuevamente a los antecedentes que se tienen de los casos similares. De tal, nos encontramos ante la existencia de una probabilidad de ocurrencia de las medidas, porque a pesar de ser mínima, existen. Ya sea que esta probabilidad haya podido ser o no contemplada a la luz de la previsibilidad en el ejercicio de un buen comerciante, es algo remotamente improbable. Es decir, que si el contrato fue suscrito en el 2019, cuando aún no había ningún aviso de la existencia de esta enfermedad o de la posibilidad mas allá de lo improbable de la ocurrencia de algún suceso parecido, las partes firmaron el contrato y se obligaron mutuamente a las cláusulas en el contenido sin ningún tipo de probabilidad de ocurrencia de una pandemia mundial, la cual llevaría a que el año siguiente sus establecimientos de comercio fueran obligados a cerrar por una decisión del poder ejecutivo del país.

Ahora bien, de haberse suscrito el contrato de arrendamiento en los meses de febrero o marzo, cuando ya se comenzó a ver las medidas tomadas por parte de los gobiernos europeos y

orientales, este se suscribió con una probabilidad mayor de toma de unas medidas similares por parte del gobierno nacional colombiano, por lo tanto ya no nos encontraríamos en el mismo nivel de probabilidad de realización del que trata la irresitibilidad en la jurisprudencia colombiana, dando lugar a que el hecho no fue del todo imprevisible en el momento de celebración del contrato, ya que se veían como mas y mas países tomaban medidas de confinamiento.

1.3 El concerniente a su carácter excepcional y sorpresivo

La imprevisibilidad, debe de tomar al sujeto que la reclama como un acontecimiento extraordinario, este elemento debe de recaer sobre el suceso en si y su separación de la normalidad y que esta separación tenga un carácter de sorpresiva para las partes, la declaración de la primera cuarentena o “aislamiento preventivo obligatorio” como lo denominó el gobierno nacional en su decreto legislativo 457 expedido el 22 de marzo. Misma que tuvo inicio desde el día 25 de marzo de 2020.

Para considerar este hecho como excepcional y sorpresivo, nos debemos de devolver en tiempo y hacer un análisis de los hechos que desencadenaron en esta declaración de cuarentena. (Datos recuperados de la resolución 385 del ministerio de salud y protección social del 12 de marzo de 2020)

Primero, el día 7 de enero de 2020, la Organización mundial de la salud, declaró el COVID-19, como una emergencia de Salud Pública de importancia internacional.

Segundo, el 23 de enero la provincia de Hubei, que incluye a la ciudad de Wuhan en la República Popular de China, entro en cuarentena.

Tercero, el 9 de marzo de marzo, el Director General de la OMS recomendó, que los países tomaran medidas premeditadas con relación a la detención de la trasmisión y propagación del virus

Cuarto, el 11 de marzo, la OMS declaró el brote del COVID-19 como una pandemia por la velocidad de su propagación y que a esa fecha mas de 114 países existían casos

Quinto, el 12 de marzo, el ministerio de salud y protección social colombiano, a través de la resolución 285 del 12 de marzo de 2020, declaró el estado de emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y ordenó las primeras medidas para hacer frente al virus

Podemos observar que desde la en la cual la OMS consideró el COVID-19 como una emergencia de sanidad pública, pasando por la fecha de la cuarentena de la provincia de Hubei en China, hasta llegar a la declaración de la emergencia por parte del ministerio de salud y terminando en el “Aislamiento preventivo obligatorio”, no transcurrió mayor tiempo, lo que, con el cumplimiento de los demás requisitos, dota las medidas tomadas por el gobierno de unas características de excepcional y sorpresivo, en un análisis objetivo de ellas.

Ahora bien, nuevamente, si nos encontramos con que el contrato de arrendamiento fue suscrito con pocos días de anterioridad a la ocurrencia de estos hechos, especialmente a los de marzo, nuevamente nos encontramos en que podría carecer de estas características necesarias para la imprevisibilidad, lo que llevaría a que debería de evaluarse el caso en concreto y las circunstancias que dieron origen al mismo.

2. IRRESISTIBILIDAD

Para considerar el hecho como imposible de resistir, como dije anteriormente, requiere que el sujeto sobre el que recae el mismo, desplegó todos los medios que estaban a su alcance para hacerle frente a este y aún así no le fue humanamente posible evitar el resultado obtenido.

Como sabemos ya, la declaración de la emergencia y la posterior promulgación de los decretos legislativos, estuvieron en cabeza del poder público ejecutivo, quienes mediante mencionados decretos establecieron los “aislamientos preventivos obligatorios”, mismos de obligatorio cumplimiento por parte de la población colombiana y las personas que estuvieran en tránsito.

Pero, como ya se explicó en el primer capítulo, no es el decreto o las medidas tomadas por parte del gobierno nacional las que deben de ser irresistibles. (Sentencia de 15 de junio de 2000, 2000) Son las consecuencias de estas medidas las que deben ser insoportables para el arrendatario.

Estas consecuencias, se deben de evaluar en específico, pues no todos los sectores económicos debieron permanecer cerrados durante el tiempo que duró el aislamiento preventivo obligatorio y los demás aislamientos o cuarentenas que le siguieron y aún se continúan presentando.

De tal forma, por ejemplo, una propiedad arrendada y destinada exclusivamente para el desarrollo de la actividad comercial de Discoteca, hasta el mes de Febrero de 2020, no se le había permitido estar abierta. Esto conlleva a que las consecuencias de las medidas tomadas por parte del gobierno nacional, mismas que prohíben el funcionamiento de estos espacios, les

genere una imposibilidad de resistir al arrendatario que, obrando en el marco de la legalidad y del presupuesto del buen comerciante, contrarreste o soporte las consecuencias de estas medidas, y por consiguiente, el cumplimiento de obligación pecuniaria contraída en el contrato de arrendamiento.

Así como esta el ejemplo de las discotecas, nos encontramos con cantidades de ejemplos de establecimientos de comercio que se obligaron a permanecer cerrados por decreto presidencial, haciendo imposible para los tomadores, el resistir las consecuencias de las medidas de aislamiento.

Con todo eso, es menester establecer que no el 100% de los establecimientos y empresas fueron cerradas por completo, ya que con las excepciones que contemplaba el Decreto 457 del 22 de Marzo del 2020, por el cual se decreto el “Aislamiento preventivo obligatorio” en el cual establecía algunas excepciones, como lo eran la compra de alimentos de primera necesidad, droguerías, servicios financieros y bancarios, veterinarias, servicios funerarios, productos agrícolas, etc.

A diferencia de empresas y establecimientos de comercios, los que contemplaba esta y las siguientes excepciones contenidas en los decretos legislativos posteriores, pudieron ver afectado su nivel de ingresos normal, por relación directa con las medidas tomadas, pero estos no fueron cerrados totalmente. Por lo cual, ya no estaríamos dentro de esa imposibilidad absoluta de la que trata la irrisitibilidad, sino, dentro de una relativa, en tanto a que las condiciones generadas por los aislamientos, hicieron que el cumplimiento de su deber contractual, le fuera mas oneroso y no una incapacidad absoluta de cumplir el contrato.

Por lo cual, en estas situaciones, nos encontraríamos frente a una teoría de la imprevisibilidad, que como ya mencioné, podría dar lugar a una solicitud de revisión del contrato por la ocurrencia de un hecho que esta por encima de las previsiones que se pudieron hacer al momento del contrato y generaron un desequilibrio en el mismo. Pero que carece de la característica de irrisitibilidad propia de la fuerza mayor y el caso fortuito.

Entonces, para hacer un estudio de la irrisitibilidad, debemos de ver las consecuencias que las medidas tomadas por el gobierno nacional, desencadenaron consecuencias insuperables, en las que el arrendatario haya quedado y tenido que permanecer importante (Sentencia Corte Suprema Justicia, 2005). Ya que, de no ser así, nos encontraríamos ante una posible teoría de la irrisitibilidad, aunque es procedente, traer las palabras de la Magistrada Cristina Pardo en su salvamiento de voto:

“el artículo 868 del Código de Comercio establece que "cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión". No obstante, dada la situación de orden público, existen aún límites temporales y circunstanciales para para pedir la revisión de los contratos de arrendamiento de local comercial ante los jueces de la República, lo que implica que se sigan causando obligaciones pecuniarias a cargo de los arrendatarios” (Setencia Constitucionalidad M.P. Luis Javier Moreno Ortiz, 2020),

De tal forma, que la solicitud de revisión, en el contexto actual se que se vive debido a la congestión judicial, no es la mejor opción a la que puede acudir un arrendatario en el marco de la situación que actualmente esta ostentando. Aunque de no darse lugar a la re negociación, no encontrarse dentro de la característica de irrisitibilidad, debe de solicitar esta revisión a un Juez nacional.

3. FACTOR EXTERNO

El decreto de las medidas de aislamiento obedeció a la capacidad excepcional otorgada al presidente de la república en el marco de la emergencia económica, social y ecológica para contrarrestar los efectos y propagación del virus COVID-19. Como el presupuesto del requisito del factor externo es que el hecho no puede ser imputable a la culpa de la persona que debía cumplir con la obligación y no lo hizo. Tenemos que este factor externo, dentro del marco general de los efectos de la declaración de los aislamientos se cumple, en tanto a que, no estuvo en poder de ningún arrendatario la expansión y rápida propagación del virus, así como las medidas tomadas para evitar esto, es decir fue irresistible y jurídicamente ajeno al deudor. De igual forma, se debe de realizar un análisis subjetivo, ya que puede ocurrir, que, en el marco de las medidas decretadas por el gobierno, el arrendatario hizo caso omiso de las mismas, lo que conllevó al cierre o clausura de su establecimiento de comercio. Por lo cual el elemento extraño dentro del factor externo puede atribuírsele al arrendatario, quién el mismo fue el causante de los hechos que desencadenaron en el cierre de su establecimiento de comercio o empresa. (Jaramillo, 2010).

RECOMENDACIONES

En el marco de la declaración de emergencia durante el año 2020, se tomaron decisiones por parte del gobierno nacional que acarrearán la necesidad de la búsqueda de soluciones jurídicas para situaciones nunca antes contempladas, por lo cual es deber de los abogados del territorio nacional, la búsqueda de estas soluciones mediante la aplicación de figuras ya contempladas en el derecho positivo para darle soluciones a estas dificultades que cada día se

crean. Ya que, de igual forma en el 2021, se siguen presentando nuevas situaciones, posibles nuevas cuarentenas y la incontrolable propagación de este virus, así como la posibilidad latente de una mutación que conlleve a unas nuevas cuarentenas obligatorias iguales a las vividas en Colombia en el 2020.

Por lo tanto, en mi intento de aportar al desarrollo doctrinal y en ejercicio anticipado de mi deber con y para las leyes, me permito esbozar que los hechos que acontecieron el año 2020 y los que puedan ocurrir posteriormente, los cuales llevaron a la economía colombiana a estar en jaque, pueden y deben ser considerados como fuerza mayor y caso fortuito, siempre y cuando se de un cumplimiento de los presupuestos que las mismas leyes disponen. Ya que como dije anteriormente, es nuestro deber como abogados con y para la sociedad buscar el equilibrio de la balanza de la justicia, y en este caso, defender la empresa que es el fundamento de la economía colombiana y al arrendatario como la parte mas débil dentro del contrato de arrendamiento.

De tal forma, que la construcción de los hechos que pretenden constituirse como eximentes de responsabilidad, debe ser un trabajo juicioso y acertado para que no haya lugar a la imputación de algún grado de responsabilidad por parte de los órganos judiciales a los arrendatarios por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, ya que como dije dentro del texto, el cumplimiento de los requisitos relativos se da bajo ciertas circunstancias y en casos específicos. Las consecuencias de las medidas tomadas por el gobierno nacional, no derivaron en irresistibilidad para todos los contratos de arrendamiento de local comercial, y algunas veces la situación fue previsible al momento de suscripción de estos mismos. De tal manera que, la terminación de los contratos de arrendamiento sin el lleno de los requisitos de las causales de exoneración de responsabilidad, daría lugar a la imputación de los grados de responsabilidad y de los artículos relativos al incumplimiento contractual contenidos en la ley, lo que sería mas

gravosos para los arrendatarios que haber continuado con el cumplimiento del contrato de arrendamiento de local comercial, pudiendo haber utilizado otras medidas como la teoría de la imprevisibilidad.

Como la conclusión que nace de esta tesis de grado es que dentro de las situaciones específicas que dan cumplimiento a la fuerza mayor y caso fortuito, son las medidas tomadas por el gobierno nacional las constituyen causa primera del nacimiento de los eximentes de responsabilidad, ya que actuando dentro de la legalidad y la Constitución, el Presidente de la República tomó las medidas que se consideraron necesarias para afrontar la situación imprevisible que se estaba viviendo, siendo este el factor externo. Y estas medidas, generaron unos efectos gravosos irresistibles para los arrendatarios. Por lo tanto, hay existencia y cumplimiento de los presupuestos de la fuerza mayor y el caso fortuito, dentro de algunos contratos de arrendamiento de local comercial en Colombia.

REFERENCIAS

Sentencia 078 (Corte Suprema de Justicia 23 de 06 de 2000).

Hinestrosa, F. (2002). *Tratado de las obligaciones I*. Universidad Externado de Colombia .

Patiño, H. (Junio de 2011). Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual.

Revista de Derecho Privado(20), 371 a 398.

CIVIL, L. F. (s/f). *Asociacion abogados rcs*. Recuperado el 12 de 2020, de Asociacion abogados rcs:

<https://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Mariano%20Medina%20Crespo%20parte1.pdf>

Leguízamo, C. A. (25 de 10 de 2009). CALEIDOSCOPIO DE LA FUERZA MAYOR (DERECHO COMPARADO E INTERNACIONAL). *Mercatoria*, 8(1), 1-51.

Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil 05 de 07 de 1935). sentencia del 26 de julio de 2005, 050013103011-1998-6592. (Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil 26 de 07 de 2005).

Méndez, S. D. (Enero - Junio de 2016). IMPREVISIÓN EN CONTRATOS ALEATORIOS: UNA REVISIÓN ANALÍTICA A LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN BAJO EL ARTÍCULO 868 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. *Revista de derecho Privado*(55).

SOCIEDAD CARPAS HERNÁN G. PEDRAZA E HIJOS Y CIA LTDA. VS. NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL., CE SIII E 14392 (Consejo de Estado 10 de 10 de 2005).

Sentencia Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia Sala casación Civil 26 de Julio de 2005).

Sentencia de 15 de junio de 2000, Exp 12423 (Corte Constitucional de Colombia s/f de s/f de 2000)

Sentencia Corte Suprema Justicia, 050013103011-1998-6592. (26 de 07 de 2005).

Antonmatte, P. H. (1992). *Contribution à l'étude de la force majeure*. París: LDGJ.

CONSEJO DE ESTADO , Sentencia 24 marzo (24 de 03 de 2011).

Jaramillo, T. (2010). *Tratado de la responsabilidad civil tomo 2*. Legis.

Corte Constitucional M.P HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, T-537/09 (Corte Constitucional 6 de 08 de 2009).

Vélez, E. G. (2015). *Arrendamiento de Locales Comerciales Aspectos sustantivos y procesales*.
Sánchez R Ltda.

Corte Constitucional M.P Mauricio González Cuervo., T-443/08 (Corte Constitucional 08 de 08 de 2008).

comercio, S. i. (2018). *Concepto reajuste de canon de arrendamiento*. Bogotá.

Cámara De Comercio De Bogotá Laudo En Derecho. (22 de 06 de 2016). *Legis*. Recuperado el 2020, de <https://xperta.legis.co>: https://xperta-legis-co.ezproxy.americana.edu.co/visor/laudoscCb/laudoscCb_bf1f60171cd00084b4e9cb5b12a5b883b09nf9