



SUÁREZ ZAPATA PARTNERS
ABOGADOS

**APENDICE COMENTARIOS SOBRE FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO Y
EVENTOS EXIMENTES.**

1. PARTICULARIDADES DEL SUMINISTRO Y TRANSPORTE DEL GAS NATURAL EN COLOMBIA QUE ENMARCAN LA CONTRATACIÓN.

Como es de conocimiento, el Ministerio de Minas y Energía en el año 2010 contrató a la firma consultora Frontier Economics Ltd para que hiciera una evaluación sobre el mercado del gas natural en Colombia. La consultora presentó el estudio titulado "*Visión de largo plazo del mercado de gas natural de Colombia, Diagnóstico fallas del mercado de gas natural de Colombia¹*", en el cual se concluyó que en Colombia se un modelo regulatorio de liberalización de la competencia mayorista, caracterizado por: (i) Competencia en la producción y comercialización de gas natural; (ii) Transporte y la distribución del gas natural como sectores regulados; (iii) Libre competencia en el acceso a infraestructura, y (iv) competencia minorista limitada a grandes usuarios, por cuanto los usuarios finales se encuentran restringidos en su posibilidad de elegir el comercializador de gas natural.

El estudio reveló que el mercado colombiano de gas natural presenta fallas y dificultades por la competencia muy limitada en el suministro de gas al existir básicamente solo dos fuentes, por no hablar de una fuerte concentración en Ecopetrol; una red de transporte integrada por dos gasoductos; la inadecuada distribución de los riesgos en los contratos que exige una estandarización de la contratación en el suministro y transporte de gas.

Por otro lado, el estudio al que hemos venido haciendo referencia consideró que los contratos de suministro y transporte de gas que se utilizan en Colombia se caracterizan por la diversidad de causales eximentes de responsabilidad a favor de las partes fuentes de los contratos, léase el suministrador productor y los transportadores. Mediante estas causales pactadas por las partes se conviene la interrupción de los servicios de suministro y transporte estableciendo un desequilibrio contractual que riñe con la eficiencia del mercado y que en gran medida contribuye a impedir su desarrollo y madurez.

¹ <http://www.aclem.org/bancoconocimiento/D/Diagnosticofallasdelmercadodegas/futurodelgasreg1.pdf>

PBX (571) 743 1005, Fax Ext. 104
Calle 87 No. 10 – 93, Of. 302 Bogotá D. C.



SUÁREZ ZAPATA PARTNERS

ABOGADOS

Agrega el estudio en comento que a lo anterior hay que sumar que Colombia tiene la particularidad que los racionamientos en el suministro de gas natural pueden durar largo tiempo y no dependen de circunstancias económicas sino de administración del servicio público, el cual en nuestro país depende enteramente de la demanda de gas y de la oferta hidráulica que se presenta en determinada época del año.

Lo anterior agravado por la existencia de una competencia mínima, resultado de lo cual es que los participes o suministradores del gas tengan poder de mercado, es decir, cuentan con la capacidad de fijar de manera unilateral las condiciones contractuales y de venta, así estos actores tienen el poder para trasladar los riesgos derivados de hechos imprevisibles e irresistibles a la parte débil del contrato a través de estipulaciones contractuales que buscan que ésta asuma los riesgos derivados de causas extrañas a su propia conducta, situación que incrementa la inseguridad jurídica y la equidad de la que deben gozar los contratos de suministro de gas.

Así las cosas, y con apoyo en las conclusiones del estudio anotadas, consideramos que es conveniente la estandarización de los contratos mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, tanto en el suministro como en el transporte de gas natural. De esta manera, el legislador y la administración pública en ejercicio de las atribuciones legales debe delimitar el alcance de las causas extrañas o eximentes de responsabilidad, delimitando con precisión los eventos eximentes de responsabilidad e interruptibilidad en la ejecución de los contratos, los cuales si bien se presentan regularmente en la industria del gas son extraños a la parte obligada, sean o no de común ocurrencia, o bajo lo que se ha denominado el alea normal de los contratos, pero que afectan el equilibrio y la economía del contrato. Esta labor normativa es muy importante habida cuenta que los mencionados eventos eximentes no son a priori circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, mas sus efectos si son asimilables. En pocas palabras, lo que se recomienda es definir a través de las competencias legales respectivas el régimen de exclusión de responsabilidad para los contratos de suministro y transporte de gas, en aras de buscar la mayor eficiencia y madurez del mercado de gas en el país.



SUÁREZ ZAPATA PARTNERS

ABOGADOS

2. SISTEMAS LEGISLATIVOS Y PRÁCTICAS CONTRACTUALES QUE REGULAN LA FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO.

Es de vital importancia resaltar que el concepto de fuerza mayor o caso fortuito no ha sido legislado en todos los sistemas jurídicos. El concepto de fuerza mayor o caso fortuito es propio de países y legislaciones del *Civil law*, tales como Francia, Bélgica, Alemania e Italia, países cuya tradición jurídica ha sido implementada en la mayoría de países de América Latina, entre ellos, Colombia.

La fuerza mayor en el sistema continental europeo se basa en las nociones de imposibilidad, irresistibilidad y ausencia de culpa del deudor como en Colombia, mientras que el *Common Law* se separa radicalmente del derecho continental europeo, por cuanto no ha desarrollado a profundidad el principio según el cual la imposibilidad de cumplir la obligación libera al deudor de responsabilidad.

En el Reino Unido existe la teoría de "*frustration of Contract*", la cual ha desarrollado en parte el principio que enseña que nadie está obligado a la imposible, y se basa en que ante la ocurrencia de un hecho que cambia radicalmente las obligaciones originalmente adquiridas por las partes en el contrato, éstas se encuentran eximidas de cumplir las obligaciones del mismo. Como se aprecia es diferente la teoría de la fuerza mayor a la "*frustration of Contract*", pues esta última se basa en un cambio radical en las obligaciones de las partes, mientras que la primera centra su análisis en la irresistibilidad e imprevisibilidad de los hechos que impiden la ejecución de la obligación.

En el sistema jurídico norteamericano se ha desarrollado la doctrina de la "*impracticability*", doctrina que parte de las mismas premisas de la teoría de la "*frustration*", mas se ve atenuada en cuanto que exime de responsabilidad y del cumplimiento de una obligación al deudor, cuando el cumplimiento pendiente de la misma se ha vuelto extremadamente oneroso o difícil de cumplir para la parte que lo debe. Esta teoría es diametralmente diferente a la institución de la fuerza mayor o caso fortuito del derecho continental.

Precisamente por los diferentes enfoques legislativos para regular las causales eximentes de responsabilidad e que en la contratación internacional, así como a



SUÁREZ ZAPATA PARTNERS

ABOGADOS

nivel interno en países del *Common Law* es práctica universal pactar una cláusula de fuerza mayor, concepto que las mismas partes definen contractualmente y establecen los procedimientos en los eventos en que una circunstancia de esa naturaleza se presente. Igualmente se acostumbra relacionar distintos eventos que caen bajo lo que han denominado fuerza mayor. En países que han adoptado el sistema continental europeo se advierte que la misma ley define que es fuerza mayor, y en cuanto a sus efectos sobre la distribución de los riesgos contractuales establece normas supletivas sujetas a modificación por la autonomía de la voluntad.

Entre nosotros los artículos 64 y 1604 del Código Civil definen fuerza mayor y regulan lo atinente a la distribución de los riesgos. A su turno, el Código de Comercio establece una regla imperativa en esas materias para el contacto de transporte norma que en el sistema Colombia tiene un carácter exceptivo pues no se admite pactar en contrario. A raíz de la globalización cada vez es más frecuente entre nosotros que las partes pacten una cláusula de fuerza mayor en la cual definen dicho concepto y convienen los procedimientos que deben observar en los casos en que se presente una fuerza mayor. Así mismo, es práctica común acordar listados de eventos que quedan cobijados bajo la fuerza mayor.

De otro lado, y habida consideración que existen eventos que no se ajustan enteramente a la irresistibilidad e imprevisibilidad exigidas para que pueda configurarse una fuerza mayor o caso fortuito, o por lo menos para evitar discusiones jurisprudenciales y doctrinales, así como hacer menos gravosa la carga de la prueba, es costumbre en los contratos del sector energético y en los de infraestructura pactar unos eventos eximentes o justificativos que eximen de responsabilidad al deudor.

Para evitar disquisiciones y disputas acerca de la validez o no de una estipulación contractual que defina fuerza mayor o caso fortuito en forma distinta a lo que establece el artículo 64 del Código Civil, estimamos que las partes podrían pactar una cláusula denominada eventos eximentes de responsabilidad y dentro de ella distinguir entre fuerza mayor o caso fortuito adoptando la definición legal y estableciendo otros eventos eximentes haciendo un listado de los mismos. El



SUÁREZ ZAPATA PARTNERS ABOGADOS

procedimiento para el reconocimiento no de las partes de un evento eximente puede ser el mismo para uno u otro caso. Esta sugerencia permite conciliar las experiencias acumuladas por los mercados de gas natural más maduros y regulados por el *Common Law* y nuestro marco constitucional, legal y regulatorio, para solucionar las fallas que caracterizan el mercado de gas natural de Colombia.

Como corolario para efecto de la estandarización de los Contratos de gas en Colombia es recomendable reconocer las diferencias y particularidades de cada sistema, pues la simple transcripción de cláusulas de fuerza mayor que se utilizan en modelos foráneos para unos mercados diferentes al colombiano, pueden no sólo no consultar el mercado nacional sino ser contrarias a nuestra legislación.

3. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO Y OTROS EVENTOS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD.

En el derecho colombiano existen dos formas para eximirse el deudor de responsabilidad ante un eventual incumplimiento: (i) probando que el incumplimiento no se debe a una conducta negligente, descuidad o inclusive voluntariamente dañosa - noción de la culpa y/o dolo -, o (ii) probando que el incumplimiento de su obligación se ha debido a una causa extraña que escapa a su control, como son la fuerza mayor o caso fortuito y el hecho de terceros. Para efectos de este apéndice y el reporte del cual forma parte, nos interesa examinar brevemente los conceptos de fuerza mayor o caso fortuito y eventos eximentes, ambos comprendidos bajo nuestra legislación como causas extrañas eximentes de responsabilidad.

La causa extraña está compuesta por la fuerza mayor o el caso fortuito y el hecho de terceros². Se le llama causa extraña a esta forma de exoneración de responsabilidad por cuanto hay una ruptura del vínculo de causalidad existente entre el daño y la conducta del actor.

² La Corte Suprema de Justicia en diversas sentencias ha analizado la institución de la causa extraña como género del caso fortuito y la fuerza mayor, así como el hecho de terceros. Por ejemplo, Sala de Casación Civil, Sentencia 4 de Junio 1992 M.P. Jaramillo Schloss).



SUÁREZ ZAPATA PARTNERS

ABOGADOS

Fuerza mayor o caso fortuito ha sido definido por el legislador en el artículo 64 del Código Civil, el cual dice: "*se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*"

Se aclara que sobre este punto no se entrará a analizar la discusión antiquísima y superflua sobre si el caso fortuito y la fuerza mayor son conceptos idénticos o si por el contrario disimiles, para nuestro entender son conceptos idénticos pues así lo establece la ley.

La jurisprudencia y doctrina nacional estiman que el caso fortuito o la fuerza mayor se presentan cuando el hecho o acontecimiento que le sobreviene al deudor es: (i) irresistible, (ii) imprevisible y (iii) extraño o ajeno a la actividad del deudor. Los anteriores elementos surgen del artículo 64 del Código Civil, tal como lo ha manifestado en diversos y reiterados fallos nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia³.

Así, en la legislación colombiana para que un hecho sea considerado como fuerza mayor o caso fortuito, este debe ser imprevisible e irresistible, y naturalmente como se desprende de esos conceptos ser ajeno o extraño al deudor. En abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho:

"Dos son los elementos que han sido analizados por la Corte para que un hecho pueda ser considerado como evento de "fuerza mayor o caso fortuito -fenómenos simétricos en sus efectos-, es necesario que, de una parte, no exista manera de contemplar su ocurrencia en condiciones de normalidad, justamente porque se presenta de súbito o en forma intempestiva y, de la otra, que sea inevitable, fatal o ineludible, al punto de determinar la conducta de la persona que lo padece, quien, por tanto, queda sometido irremediablemente a sus efectos y doblegado, por tanto, ante su fuerza arrolladora. 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

³ Véanse Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de Septiembre de 1945 y Sentencia del 3 de agosto de 1949, "G.J.". t. LXVI, pág 357.



SUÁREZ ZAPATA PARTNERS

ABOGADOS

parte que aspira a beneficiarse de esa causal eximiente de responsabilidad, inmersa en la categoría genérica de causa extraña, puede ser considerada como tal"⁴.

En cuanto a la imprevisibilidad la Corte Suprema de Justicia ha precisado que:

"si el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor..., siendo necesario, claro está, 'examinar cada situación de manera específica y, por contera, individual', desde la perspectiva de los tres criterios que permiten, en concreto, establecer si el hecho es imprevisible, a saber: '1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo"⁵

Así, la imprevisibilidad exige que el acontecimiento que se da no sea, dentro de las condiciones normales de los aconteceres, razonablemente previsibles, es decir, porque es de rara ocurrencia, porque no es suficientemente probable que ocurra, porque es súbito, repentino, que no corresponde a las previsiones normales que suceden en el curso ordinario de la vida⁶.

Así, se puede concluir sobre el elemento de la imprevisibilidad que sus características son (i) su frecuencia o normalidad, (ii) la probabilidad de su ocurrencia, y (iii) la excepcionalidad de la misma, las cuales deben examinarse para cada caso bajo el lente de la razonabilidad.

En lo atinente a la irresistibilidad la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema ha establecido:

"un hecho es 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, habida cuenta que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos

⁴ G. J. Tomos. LIV, página, 377, y CLVIII, página 63

⁵ Sentencia de Casación Civil del 23 de junio de 2000; exp.: 5475

⁶ Hernán Darío Velásquez Gómez, *Estudio sobre obligaciones*, Bogotá, Edit. Temis, 2010, Pág. 722.



SUÁREZ ZAPATA PARTNERS
ABOGADOS

acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito”⁷

(...)

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

“La imposibilidad relativa, entonces, no permite calificar un hecho de irresistible, pues las dificultades de índole personal que se ciernen sobre el deudor para atender sus compromisos contractuales, o aquellas situaciones que, pese a ser generalizadas y gravosas, no frustran –in radice- la posibilidad de cumplimiento, y que, ad cautelam, correlativamente reclaman la asunción de ciertas cargas o medidas racionales por parte del deudor, constituyen hechos por definición superables, sin que la mayor onerosidad que ellas representen, de por sí, inequívocamente tenga la entidad suficiente de tornar insuperable lo que por esencia es resistible, rectamente entendida la irresistibilidad. . Por eso, entonces, aquellos eventos cuyos resultados, por cualificados que sean, pueden ser superados con un mayor o menor esfuerzo por parte del deudor y, en general, del sujeto que los soporta, no pueden ser

⁷ Sentencia de Casación Civil de 26 de julio de 2005, Exp. No. 06569-02, reiterada en Sentencia Casación Civil de 21 de noviembre de 2005, Exp. No. 7113).



SUÁREZ ZAPATA PARTNERS

ABOGADOS

*considerados, en forma invariable, como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, en sentido estricto*⁸.

En resumen, la irresistibilidad consiste en que el hecho no pueda ser evitado o superado de manera racional por el deudor. Así, si el hecho es superable mas con una mayor dificultad u onerosidad para el deudor, este no puede considerarse irresistible en los términos que exige el caso fortuito o fuerza mayor. A lo sumo, y dependiendo de las particularidades fácticas del caso podría darse aplicación a la teoría de la imprevisión de reunirse los demás elementos.

Por tanto, el hecho de que una obligación se vuelva más onerosa para una de las partes, no puede ser considerado como una imposibilidad absoluta de ejecución de la obligación, dejando así sin fundamento la posibilidad de que el caso fortuito o fuerza mayor sean considerados como causales eximentes de responsabilidad en tales casos.

Finalmente, la fuerza mayor o caso fortuito no debe provenir de la conducta del deudor pues la causa extraña es incompatible con la culpa del deudor cualquiera que ella sea (entiéndase grave, leve y levísima). En este sentido se ha pronunciado nuestra Corte Suprema de Justicia al decir:

"Para que exista el poder liberatorio por el caso fortuito o la fuerza mayor, se requiere la coexistencia de una condición negativa externa: la ausencia de falta de falta del deudor. En otros términos: cuando existe dolo, negligencia o imprudencia del deudor, la falta neutraliza el obstáculo y el obligado o deudor permanece responsable"⁹

Así, si el deudor en su actuar ha incurrido en culpa el hecho deja de ser imprevisible e irresistible y, en consecuencia no reuniría los elementos esenciales de la fuerza mayor o caso fortuito que exige el artículo 64 del Código Civil. En consecuencia, el deudor debe demostrar la fuerza mayor o caso fortuito que hizo

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 26 de julio de 2005, exp. 6569-02, y Sentencia del 31 de mayo de 1965, G.J. CXI y CXII pág. 126

⁹ Corte Suprema de Justicia, Casación Civil del 10 de abril de 1978, G.J. LIX.

PBX (571) 743 1005, Fax Ext. 104
Calle 87 No. 10 – 93, Of. 302 Bogotá D. C.



SUÁREZ ZAPATA PARTNERS

ABOGADOS

imposible el cumplimiento de su obligación, probando que no hay culpa en su actuar. En otros términos, el deudor que alega la existencia de fuerza mayor o caso fortuito sólo está obligado a probar el suceso imprevisible e irresistible relevándole la ley de tal manera de la carga de probar su diligencia o cuidado.

Sin embargo, el legislador ha previsto casos específicos en los cuales el deudor que alega fuerza mayor o caso fortuito debe probar no sólo el evento imprevisible, irresistible y ajeno a su conducta sino que también debe probar que actuó diligentemente, en otros, como sucede en los contratos de transporte. En efecto, en dicho contratos la legislación colombiana exige que para que el deudor pueda exonerarse de responsabilidad, se requiere que este pruebe tanto la causa extraña como la debida prudencia y diligencia. El artículo 992 del C de Co dice:

"El transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño lo fue extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada, y además que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación."

Las violaciones a los reglamentos oficiales o de la empresa, se tendrán como culpa, cuando el incumplimiento haya causado o agravado el riesgo.

Las cláusulas del contrato que impliquen la exoneración total o parcial por parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades, no producirán efectos".

Como se ha dicho en reiteradas ocasiones, si existe una causa extraña habrá ausencia de culpa del deudor razón por la cual cuando la norma refiere a que el transportador *"adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación"*, lo único que hace la norma es volver más gravosa y pesada la carga de la prueba del transportador, por cuanto en el régimen general una vez probada la causa extraña el deudor queda relevado de probar su diligencia y cuidado. Como se observa, la citada norma no cambia en nada el alcance del concepto de fuerza mayor o caso



SUÁREZ ZAPATA PARTNERS

ABOGADOS

fortuito, simplemente exige una prueba adicional para exonerar al transportador de su responsabilidad.

De lo expuesto se desprende que ningún evento puede considerarse a priori como causa extraña¹⁰, ni siquiera los ejemplos que utiliza la referida norma ya que estos en pueden no llegar a ser considerados como fuerza mayor. Al respecto, para el caso de un naufragio que trae el artículo 64 como ejemplo de fuerza mayor o caso fortuito, resulta de gran ilustración el ejemplo utilizado por el doctor Javier Tamayo Jaramillo:

"si el capitán de un barco, a sabiendas de una tempestad o de un huracán, emprende una travesía marítima, y a consecuencia de las furias desatadas de la naturaleza el barco se hunde, pues ni el naufragio ni el huracán pueden ser alegados como fuerza mayor o caso fortuito, puesto que los daños son imputables a la culpa del deudor o de su dependiente, que sin tomar las medidas del caso, se arriesga a desafiar las fuerzas superiores de tales fenómenos"¹¹.

En consecuencia, cada caso particular debe ser objeto de análisis por parte de un juez, o de la parte contra la que se invoca la fuerza mayor, se deben analizar todas las circunstancias fácticas del evento para determinar si este es constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito.

La exoneración de responsabilidad del deudor por el acaecimiento de la fuerza mayor o caso fortuito es el principal efecto de esta figura jurídica, efecto que ha sido expresamente regulada en el artículo 1616, el cual en lo pertinente dice:

"la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios".

Así, en caso de presentarse un hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito la obligación del deudor (i) se encuentra suspendida en el caso de los contratos de ejecución sucesiva o incluso extinta dependiendo de la clase de obligación (p.ej.

¹⁰Javier Tamayo Jaramillo, *El Contrato de Transporte*, Bogotá, Edit. Temis, 1991, Pág. 280.

¹¹ Javier Tamayo Jaramillo, *Teoría General de la responsabilidad, De la responsabilidad Civil*, Tomo I, Bogotá, Edit. Temis, 1999, Pág. 297.



SUÁREZ ZAPATA PARTNERS

ABOGADOS

venta de cuerpo cierto), y (ii) no se le puede exigir una indemnización de perjuicios al deudor que ha sufrido el acaecimiento de la fuerza mayor o el caso fortuito.

En la legislación colombiana hay ciertos casos taxativos que no exoneran al deudor de responsabilidad ante el acontecimiento de una fuerza mayor o caso fortuito, estos eventos son: (i) cuando el deudor ha decidido asumir el caso fortuito (art. 1604 CC), (ii) cuando se encuentra constituido en mora antes del acaecimiento de la fuerza mayor o el caso fortuito, (iii) al que ha hurtado una cosa (art. 1735 CC), (iv) y cuando expresamente la ley así lo dispone¹².

Las anteriores reglas que contiene el código civil y respecto del contrato de transporte regulado por el C de Co, sobre distribución de los riesgos en los contratos tienen un carácter supletivo, es decir, que las partes pueden pactar en contrario, salvo aquellos eventos (contrato de transporte) en que la ley misma imperativamente establece limitaciones o prohibiciones. Así las cosas, en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes pueden contemplar o acordar causales eximentes con efectos jurídicos de fuerza mayor o caso fortuito.

En otros términos, la fuerza mayor o caso fortuito en el régimen legal colombiano puede ser asumida por el deudor, así, las partes en un contrato pueden acordar que los eventos imprevisibles e irresistibles no exoneraran de responsabilidad al deudor, lo que significa que el deudor asume todos los riesgos derivados de una fuerza mayor o caso fortuito, debiendo incluso indemnizar los perjuicios que se le causen al acreedor con la ocurrencia de un hecho imprevisible e irresistible que afecte el contrato. Adicionalmente, las partes pueden incluir, como se dijo anteriormente, otros eventos eximentes o justificativos con efectos de fuerza mayor o caso fortuito como son los denominados eventos eximentes o justificativos que comúnmente en Colombia se pactan en los contratos de suministro de gas y en ocasiones ilegalmente y contrariando las disposiciones legales en los contratos de transporte.

¹² Solo se encuentran dos casos en la legislación colombiana, a saber: (i) Transporte aéreo de pasajeros, y (ii) responsabilidad por el hurto de las cosas introducidas en el posadero.



SUÁREZ ZAPATA PARTNERS

ABOGADOS

La anterior forma de asumir riesgos por parte del deudor es totalmente lícita según la normatividad colombiana, pues según el artículo 1732 CC “*si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observará lo pactado*”.

De lo expuesto se constata que bajo la legislación colombiana es válido pactar una distribución de riesgo, incluido los efectos de la fuerza mayor o caso fortuito distinta a la del artículo 1604 del C.C. La misma ley honra la creatividad de las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad. En ejercicio de dicha autonomía no pueden las partes abusar del derecho o de sus posición contractual pues en caso de hacerlo podría la parte afectada recurrir al juez en busca de que no se aplique la cláusula o una indemnización. De allí que es muy importante distinguir una y otra institución jurídica al momento en que el Estado a través de sus distintas agencias y competencias regule los contratos para cumplir con los objetivos y fines constitucionales y legales en materia de la prestación de los servicios públicos domiciliarios

Como soporte de lo dicho, traemos a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia¹³, en el sentido que corresponde al legislador y no al juez adoptar los medios necesarios que evitan la inserción de estas cláusulas en los contratos de adhesión. En el mismo sentido el tratadista Guillermo Ospina Fernández:

“Es claro que si la adhesión de una parte a la voluntad de la otra basta para formar el contrato, todas las cláusulas de este se deben tener como queridas y aceptadas por el adherente. Lo que sí se justifica – atendiendo a los peligros que ofrece la naturaleza del contrato por adhesión, tan importante y frecuente en el comercio moderno – es que la ley misma, no el juez, se preocupe por evitar la inserción de cláusulas leoninas en los reglamentos de las empresas, como lo ha hecho en materia de transportes, al exigir a los empresarios que fijen sus tarifas de acuerdo con las autoridades y al prohibirles que se exoneren de responsabilidad”¹⁴.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Casación Civil del 15 de diciembre de 1970.

¹⁴ Guillermo Ospina Fernández, *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*, Bogotá, Edit. Temis, 1983, Pág. 70 y ss



SUÁREZ ZAPATA PARTNERS

ABOGADOS

El reconocimiento de diferente tratamiento legal entre el abuso de la posición contractual, el abuso de la posición dominante y la validez de las cláusulas, es necesario al momento de legislar o regular las diferentes materias objeto de la contratación de suministro y transporte de gas en Colombia.

EFET

European Federation of Energy Traders

ANNEX 2A

CONFIRMATION OF INDIVIDUAL CONTRACT (FIXED PRICE)

BETWEEN:

- (1) _____ ("Seller"); and
(2) _____ ("Buyer").

concluded on [/ /], [:] hours

Delivery Point :

INTRA SYSTEM

Relevant System :

INTER SYSTEM

Seller's System :

Buyer's System :

Contract Quantity : [] MWh

Time Unit :

Total Supply Period : From [] hours on [/ /]
to [] hours on [/ /]

[Planned Maintenance periods to be excluded or not?]

Contract Price :

Long Term Force Majeure Limit :
(§ 7.5)

Prevailing Meter Readings and Allocation Statements :
(§ 6.4)

Tolerance :

OTHER ARRANGEMENTS

References to time are to Central European Time or other?

Days are 0600 hours CET to 0600 hours CET or other?

Off-Spec Gas Liability Limit (as per § 8a.5 or other?)

Annex 2A- 1

This Confirmation confirms the Individual Contract entered into pursuant to the EFET General Agreement Concerning the Delivery and Acceptance of Natural Gas between the Parties (General Agreement) and supplements and forms part of that General Agreement. In case of any inconsistencies between the terms of this Confirmation and the Individual Contract, please contact us immediately.

Date : _____ Signature : _____

Annex 2A- 2

EFET

European Federation of Energy Traders

ANNEX 2B

CONFIRMATION OF INDIVIDUAL CONTRACT (FLOATING PRICE)

BETWEEN:

- (1) _____ ("Seller"); and
(2) _____ ("Buyer").

concluded on [/ /], [:] hours

Delivery Point :

[] INTRA SYSTEM

Relevant System :

[] INTER SYSTEM

Seller's System :

Buyer's System :

Contract Quantity : [] MWh

Time Unit :

Total Supply Period : From [] hours on [/ /]
to [] hours on [/ /]

[Planned Maintenance periods to be excluded or not?]

Price Source :

Commodity Reference Price :

Alternate Commodity Reference Price :

Calculation Date :

Calculation Agent :

Calculation Method :

Long Term Force Majeure Limit :
(§ 7.5)

Annex 2B-1

Prevailing Meter Readings and Allocation Statements :
(§ 6.4)

Tolerance :

OTHER ARRANGEMENTS

References to time are to Central European Time or other?

Dates are 0600 hours CET to 0600 hours CET or other?

Off-Spec Gas Liability Limit (as per § 8a.5 or other?)

This Confirmation confirms the Individual Contract entered into pursuant to the EFET General Agreement Concerning the Delivery and Acceptance of Natural Gas between the Parties (General Agreement) and supplements and forms part of that General Agreement. In case of any inconsistencies between the terms of this Confirmation and the Individual Contract, please contact us immediately.

Date : _____

Signature : _____

Annex 2B-2

EFET
European Federation of Energy Traders

ANNEX 2C

CONFIRMATION OF INDIVIDUAL CONTRACT (CALL OPTION)

BETWEEN:

- (1) _____ ("Writer"); and
(2) _____ ("Holder").

concluded on [/ /], [:] hours

Option Details :

- (a) Option Type : Call
(b) Option Style: American/European
(c) Exercise Deadline :
(d) Exercise Period: (if American Style Option)
(e) Premium :
(f) Premium Payment Date :

Delivery Point :

[] INTRA SYSTEM

Relevant System :

[] INTER SYSTEM

Seller's System :

Buyer's System :

Contract Quantity : [] MWh

Time Unit :

Total Supply Period : From [] hours on [/ /]
to [] hours on [/ /]

[Planned Maintenance periods to be excluded or not?]

Contract Price :

Long Term Force Majeure Limit :
(§ 7.5)

Annex 2C-1

Prevailing Meter Readings and Allocation Statements :
(§ 6.4)

Tolerance :

OTHER ARRANGEMENTS

References to time are to Central European Time or other?

Days are 0600 hours CET to 0600 hours CET or other?

Off-Spec Gas Liability Limit (as per § 8a.5 or other?)

This Confirmation confirms the Individual Contract entered into pursuant to the EFET General Agreement Concerning the Delivery and Acceptance of Natural Gas between the Parties (General Agreement) and supplements and forms part of that General Agreement. In case of any inconsistencies between the terms of this Confirmation and the Individual Contract, please contact us immediately.

Date : _____ Signature : _____

Annex 2C-2

EFET
European Federation of Energy Traders

ANNEX 2D

CONFIRMATION OF INDIVIDUAL CONTRACT (PUT OPTION)

BETWEEN:

- (1) _____ ("Writer"); and
(2) _____ ("Holder").

concluded on [/ /], [:] hours

Option Details :

- (a) Option Type : Put
(b) Option Style: American/European
(c) Exercise Deadline :
(f) Exercise Period: (if American Style Option)
(e) Premium :
(f) Premium Payment Date :

Delivery Point :

[] INTRA SYSTEM

Relevant System :

[] INTER SYSTEM

Seller's System :

Buyer's System :

Contract Quantity : [] MWh

Time Unit :

Total Supply Period : From [] hours on [/ /]
to [] hours on [/ /]

[Planned Maintenance periods to be excluded or not?]

Contract Price :

Long Term Force Majeure Limit :
(§ 7.5)

Annex 2D-1

Prevailing Meter Readings and Allocation Statements :
(§ 6.4)

Tolerance :

OTHER ARRANGEMENTS

References to time are to Central European Time or other?

Days are 0600 hours CET to 0600 hours CET or other?

Off-Spec Gas Liability Limit (as per § 8a.5 or other?)

This Confirmation confirms the Individual Contract entered into pursuant to the EFET General Agreement Concerning the Delivery and Acceptance of Natural Gas between the Parties (General Agreement) and supplements and forms part of that General Agreement. In case of any inconsistencies between the terms of this Confirmation and the Individual Contract, please contact us immediately.

Date : _____

Signature : _____

Annex 2D-2

APPENDIX D

Column 1	Column 2	Inside FERC Henry Hub Prices as of 5/6/2011	Guajira Regulated Prices as of 5/3/2011
Month/Year	Effective Date	HH Index	US\$/MBTUD
1/1/2000	1/1/2000	2.36	0.76662
2/1/2000	2/1/2000	2.61	0.76662
	2/10/2000		1.20688
3/1/2000	3/1/2000	2.61	1.20688
4/1/2000	4/1/2000	2.88	1.20688
5/1/2000	5/1/2000	3.08	1.20688
6/1/2000	6/1/2000	4.37	1.20688
7/1/2000	7/1/2000	4.36	1.20688
8/1/2000	8/1/2000	3.83	1.20688
	8/10/2000		1.34203
9/1/2000	9/1/2000	4.62	1.34203
10/1/2000	10/1/2000	5.29	1.34203
11/1/2000	11/1/2000	4.5	1.34203
12/1/2000	12/1/2000	6.02	1.34203
1/1/2001	1/1/2001	9.91	1.34203
2/1/2001	2/1/2001	6.22	1.34203
	2/10/2001		1.51315
3/1/2001	3/1/2001	5.03	1.51315
4/1/2001	4/1/2001	5.35	1.51315
5/1/2001	5/1/2001	4.87	1.51315
6/1/2001	6/1/2001	3.73	1.51315
7/1/2001	7/1/2001	3.16	1.51315
8/1/2001	8/1/2001	3.19	1.51315
	8/10/2001		1.16339
9/1/2001	9/1/2001	2.34	1.16339
10/1/2001	10/1/2001	1.86	1.16339
11/1/2001	11/1/2001	3.16	1.16339
12/1/2001	12/1/2001	2.28	1.16339
1/1/2002	1/1/2002	2.61	1.16339
2/1/2002	2/1/2002	2.03	1.16339
	2/10/2002		0.99913
3/1/2002	3/1/2002	2.39	0.99913
4/1/2002	4/1/2002	3.4	0.99913
5/1/2002	5/1/2002	3.36	0.99913
6/1/2002	6/1/2002	3.37	0.99913
7/1/2002	7/1/2002	3.26	0.99913
8/1/2002	8/1/2002	2.95	0.99913
	8/10/2002		1.30148
9/1/2002	9/1/2002	3.27	1.30148
10/1/2002	10/1/2002	3.72	1.30148
11/1/2002	11/1/2002	4.13	1.30148
12/1/2002	12/1/2002	4.13	1.30148
1/1/2003	1/1/2003	4.96	1.30148
2/1/2003	2/1/2003	5.66	1.30148
	2/10/2003		1.6104
3/1/2003	3/1/2003	9.11	1.6104
4/1/2003	4/1/2003	5.14	1.6104

APPENDIX D

5/1/2003	5/1/2003	5.12	1.6104
6/1/2003	6/1/2003	5.95	1.6104
7/1/2003	7/1/2003	5.3	1.6104
8/1/2003	8/1/2003	4.69	1.6104
	8/10/2003		1.47188
9/1/2003	9/1/2003	4.93	1.47188
10/1/2003	10/1/2003	4.44	1.47188
11/1/2003	11/1/2003	4.45	1.47188
12/1/2003	12/1/2003	4.86	1.47188
1/1/2004	1/1/2004	6.15	1.47188
2/1/2004	2/1/2004	5.77	1.47188
	2/10/2004		1.5206
3/1/2004	3/1/2004	5.15	1.5206
4/1/2004	4/1/2004	5.37	1.5206
5/1/2004	5/1/2004	5.94	1.5206
6/1/2004	6/1/2004	6.68	1.5206
7/1/2004	7/1/2004	6.14	1.5206
8/1/2004	8/1/2004	6.04	1.5206
	8/10/2004		1.50218
9/1/2004	9/1/2004	5.08	1.50218
10/1/2004	10/1/2004	5.79	1.50218
11/1/2004	11/1/2004	7.63	1.50218
12/1/2004	12/1/2004	7.78	1.50218
1/1/2005	1/1/2005	6.21	1.50218
2/1/2005	2/1/2005	6.29	1.50218
	2/10/2005		1.56708
3/1/2005	3/1/2005	6.3	1.56708
4/1/2005	4/1/2005	7.33	1.56708
5/1/2005	5/1/2005	6.77	1.56708
6/1/2005	6/1/2005	6.13	1.56708
7/1/2005	7/1/2005	6.98	1.56708
8/1/2005	8/1/2005	7.65	1.56708
	8/10/2005		2.13267
9/1/2005	9/1/2005	10.97	2.13267
10/1/2005	10/1/2005	13.93	2.13267
11/1/2005	11/1/2005	13.85	2.13267
12/1/2005	12/1/2005	11.21	2.13267
1/1/2006	1/1/2006	11.45	2.13267
2/1/2006	2/1/2006	8.46	2.7149
3/1/2006	3/1/2006	7.13	2.7149
4/1/2006	4/1/2006	7.25	2.7149
5/1/2006	5/1/2006	7.22	2.7149
6/1/2006	6/1/2006	5.93	2.7149
7/1/2006	7/1/2006	5.89	2.7149
8/1/2006	8/1/2006	7.04	2.7691
9/1/2006	9/1/2006	6.82	2.7691
10/1/2006	10/1/2006	4.2	2.7691
11/1/2006	11/1/2006	7.16	2.7691
12/1/2006	12/1/2006	8.33	2.7691
1/1/2007	1/1/2007	5.84	2.7691

APPENDIX D

2/1/2007	2/1/2007	6.93	2.3528
3/1/2007	3/1/2007	7.55	2.3528
4/1/2007	4/1/2007	7.56	2.3528
5/1/2007	5/1/2007	7.51	2.3528
6/1/2007	6/1/2007	7.59	2.3528
7/1/2007	7/1/2007	6.93	2.3528
8/1/2007	8/1/2007	6.11	2.7707
9/1/2007	9/1/2007	5.43	2.7707
10/1/2007	10/1/2007	6.43	2.7707
11/1/2007	11/1/2007	7.27	2.7707
12/1/2007	12/1/2007	7.21	2.7707
1/1/2008	1/1/2008	7.13	2.7707
2/1/2008	2/1/2008	8.01	3.6944
3/1/2008	3/1/2008	8.96	3.6944
4/1/2008	4/1/2008	9.59	3.6944
5/1/2008	5/1/2008	11.29	3.6944
6/1/2008	6/1/2008	11.93	3.6944
7/1/2008	7/1/2008	13.11	3.6944
8/1/2008	8/1/2008	9.23	4.975
9/1/2008	9/1/2008	8.4	4.975
10/1/2008	10/1/2008	7.48	4.975
11/1/2008	11/1/2008	6.47	4.975
12/1/2008	12/1/2008	6.9	4.975
1/1/2009	1/1/2009	6.16	4.975
2/1/2009	2/1/2009	4.49	3.3164
3/1/2009	3/1/2009	4.07	3.3164
4/1/2009	4/1/2009	3.65	3.3164
5/1/2009	5/1/2009	3.33	3.3164
6/1/2009	6/1/2009	3.54	3.3164
7/1/2009	7/1/2009	3.96	3.3164
8/1/2009	8/1/2009	3.37	2.7666
9/1/2009	9/1/2009	2.84	2.7666
10/1/2009	10/1/2009	3.72	2.7666
11/1/2009	11/1/2009	4.28	2.7666
12/1/2009	12/1/2009	4.49	2.7666
1/1/2010	1/1/2010	5.82	2.7666
2/1/2010	2/1/2010	5.28	3.8876
3/1/2010	3/1/2010	4.81	3.8876
4/1/2010	4/1/2010	3.84	3.8876
5/1/2010	5/1/2010	4.27	3.8876
6/1/2010	6/1/2010	4.16	3.8876
7/1/2010	7/1/2010	4.73	3.8876
8/1/2010	8/1/2010	4.78	4.001
9/1/2010	9/1/2010	3.64	4.001
10/1/2010	10/1/2010	3.84	4.001
11/1/2010	11/1/2010	3.29	4.001
12/1/2010	12/1/2010	4.27	4.001
1/1/2011	1/1/2011	4.22	4.001
2/1/2011	2/1/2011	4.32	4.2562
3/1/2011	3/1/2011	3.79	4.2562

APPENDIX D

4/1/2011	4/1/2011	4.24	4.2562
5/1/2011	5/1/2011	4.38	4.2562
Average		5.6739	2.2633
Average 09 - 11		4.1929	3.6493
Average 10 - 11		4.3541	3.9484
Average 5/10 - 4/11		4.03	4.03
2011 to date		4.19	4.2052