



# IGF

INTERGOVERNMENTAL FORUM  
on Mining, Minerals, Metals and  
Sustainable Development

COVID-19  
RESPONSE  
SERIES



# LA CLÁUSULA DE FUERZA MAYOR Y EL COVID-19: RIESGOS LEGALES DE UN ARMA DE DOBLE FILO

## MENSAJES CLAVE PARA LOS GOBIERNOS

1. Trabajar con las empresas para evaluar los casos individuales y las circunstancias. Las respuestas a corto y mediano o largo plazo pueden ser muy diferentes. Soluciones negociadas para problemas a corto plazo pueden diseñarse e implementarse por completo sin perjuicio de que se aplique o no se aplique la cláusula de fuerza mayor.
2. Tener cuidado de presentar argumentos a corto plazo en contra del uso de la cláusula de fuerza mayor, dado que los gobiernos podrían en un momento posterior tener que argumentar a favor de ella en relación con las medidas que adoptaron en respuesta al COVID-19.
3. Realizar una evaluación del riesgo de exposición de las medidas tomadas en relación con potenciales reclamos de incumplimiento de contratos (p. ej., mantener el libre comercio para la producción durante el período de vigencia de un contrato) o el incumplimiento de las obligaciones contraídas en los tratados de inversión.

El COVID-19 viene causando efectos importantes y profundos en la economía y la salud más que ningún otro acontecimiento no relacionado con una guerra desde la Gran Depresión de la década de 1930. El virus y las medidas gubernamentales conexas se han convertido, hoy día, en una situación intrincada de características únicas que no pueden analizarse con facilidad o simpleza por motivos legales. Estos dos componentes no tienen precedentes por su alcance y magnitud, y ambos plantearán dificultades a las empresas y los gobiernos que buscan gestionar los efectos del virus y las medidas gubernamentales adoptadas al respecto a nivel mundial.

Una cuestión que se ha suscitado rápidamente es si el COVID-19 constituye un caso de fuerza mayor con arreglo al derecho nacional o internacional.

La noción de "fuerza mayor" es bastante fácil de entender: un hecho fuera del control de una entidad individual que es de tal importancia e impacto que impide a dicha entidad (empresa o gobierno) cumplir con las obligaciones como fueron inicialmente redactadas. Esto puede estar relacionado con el plazo establecido para el cumplimiento de las obligaciones o con la incapacidad para cumplir en absoluto con determinadas obligaciones en el futuro. Esta



incapacidad puede ser permanente en algunos casos, pero también puede ser temporal, según las circunstancias. En términos prácticos, el concepto de "fuerza mayor" permite a las entidades afectadas dejar de cumplir con sus obligaciones sin que la otra parte les imponga sanciones financieras, dado que la razón para tomar esa decisión es excepcionalmente importante y está fuera de su control.

China declaró que la fuerza mayor se aplica a muchos de los contratos comerciales firmados por sus empresas, presumiblemente para protegerlas de los reclamos procedentes de las empresas extranjeras por la falta de entrega de productos o la no adquisición de insumos de productos que se habían contratado. Otros gobiernos y muchas empresas están considerando su situación para invocar la cláusula de fuerza mayor.

El desafío particular para los gobiernos es que las empresas presentarán alegaciones de fuerza mayor en cuanto al desempeño de sus actividades. Además, en muchos casos, tendrán que formular alegaciones jurídicas similares para [defender las medidas que adoptaron en respuesta al COVID-19](#). Los gobiernos pueden emplear esta medida en las disputas contractuales o en el contexto de las controversias entre inversores y Estados iniciadas por los inversores conforme a los tratados internacionales de inversión.<sup>1</sup> **Esto hace que, para muchos gobiernos, la fuerza mayor sea una posible arma de doble filo: las empresas alegarán que la fuerza mayor las libera de determinadas obligaciones con el gobierno, y los gobiernos alegarán que los libera de determinadas obligaciones con las empresas privadas.**

Este doble carácter de las cuestiones de fuerza mayor supone un enigma para los gobiernos. Muchas empresas internacionales tuvieron que suspender sus actividades o ajustarlas de manera masiva. En algunos casos, esto puede deberse a razones de salud: es simplemente imposible gestionar algunas actividades y proteger a los empleados del COVID-19. En otros casos, las medidas gubernamentales obligaron al cierre de las empresas. Y, en otros casos, las respuestas del gobierno fuera de la jurisdicción de una empresa podrían haber frenado cadenas de suministro necesarias o haber causado que los mercados de productos se derrumben o se vuelvan inaccesibles debido a la interrupción del transporte. El punto importante es que tanto los gobiernos como las empresas se apoyarán en la fuerza mayor para justificar las medidas relacionadas con los posibles efectos sanitarios del COVID-19 y con las consecuencias económicas de la lucha contra el virus. Actualmente, estas cuestiones están tan entrelazadas que no pueden separarse.

En cada caso, se evaluará si un contrato o tratado permite invocar la fuerza mayor para aliviar el nivel de responsabilidad por cualquier daño ocasionado. Algunas cláusulas de fuerza mayor pueden incluir de manera expresa las epidemias o las pandemias. Otras, sin embargo, se ampararán en las nociones de fuerza mayor que figuran en el derecho público. Lo que parece claro en relación con el COVID-19 es que los motivos de fuerza mayor estarán muy vinculados a la salud y la economía, lo que hará que sea inapropiado limitar los casos de fuerza mayor a los terremotos o tifones, o a acontecimientos similares. En resumen, nos encontramos en un territorio sin precedentes donde los actos de Dios y los actos de la humanidad no pueden ser vistos como compartimentos estancos.

<sup>1</sup> Con esto no queremos decir que las medidas relacionadas con el COVID-19 adoptadas por los Gobiernos estén inherentemente infringiendo las obligaciones contraídas en los contratos o tratados, sino que los Gobiernos solo deberían evitar formular argumentos a corto plazo en contra de la fuerza mayor como defensa contra el incumplimiento, dado que ellos bien podrían decidir formular argumentos similares en un año o dos en favor de las medidas que adoptaron.

## ¿QUÉ DEBERÍAN HACER LOS GOBIERNOS?

- 1. Trabajar con las empresas para evaluar los casos individuales y las circunstancias.** Las respuestas a corto y a mediano y largo plazo pueden ser muy diferentes. Las soluciones negociadas para las cuestiones a corto plazo pueden diseñarse e implementarse por completo sin perjuicio de que se aplique o no la fuerza mayor.
- 2. Evitar formular argumentos a corto plazo en contra de la fuerza mayor, teniendo en cuenta que, en el futuro, los gobiernos podrían necesitar recurrir a la fuerza mayor para justificar su actitud pasiva o activa.** Algunos gobiernos temen que las empresas utilicen la situación del COVID-19 e invoquen la fuerza mayor como pretexto para evitar las obligaciones contractuales a largo plazo que ya estaban intentando eludir antes de la presente crisis, pero esto no significa que la fuerza mayor no pueda aplicarse de manera temporal. En este sentido, es importante separar las cuestiones a corto y mediano o largo plazo.
- 3. Realizar una evaluación del riesgo de exposición de las medidas gubernamentales a los reclamos de incumplimiento de contratos (p. ej., mantener el libre comercio para la producción durante el período de vigencia de un contrato) o el incumplimiento de sus obligaciones contraídas en los tratados de inversión.** Un análisis de los contratos y los tratados de inversión vigentes, así como de sus mandatos, ayudarán a los gobiernos a evaluar mejor sus riesgos legales. A raíz de que las firmas de abogados y los terceros financiadores ya están buscando presentar casos contra los Estados, existe algún grado de riesgo de que las empresas presenten reclamos contra la mayoría de los gobiernos aduciendo que las medidas relacionadas con el COVID-19 infringen sus obligaciones internacionales y contractuales.

Se pueden negociar las soluciones a corto plazo con las empresas sin abordar las interpretaciones jurídicas de la fuerza mayor u otras cuestiones. Las soluciones a corto plazo y las negociaciones pueden entenderse sin perjuicio de tales cuestiones. Será fundamental separar las cuestiones a corto y más largo plazo.

Para reforzar este enfoque prudente, los gobiernos deberían evitar realizar amplias declaraciones públicas en este momento sobre la fuerza mayor, lo que significa y cómo se aplica. Además, deberían emplear técnicas "sin perjuicio", como las cartas, cuando se comunican con las empresas para evitar estar sujetos a los argumentos generales formulados a menudo en circunstancias muy específicas. Los abogados del gobierno deberían revisar cuidadosamente las comunicaciones públicas y no públicas sobre estas cuestiones para evitar riesgos de tergiversaciones de las leyes que podrían perjudicar al Estado en futuros litigios. Lo que es importante en el corto plazo son las soluciones pragmáticas a los problemas inmediatos de salud, seguridad y empleo. Los argumentos legales pueden y deberían formularse más precisa y completamente en los próximos meses si no se hallan soluciones a corto plazo.

---

©2020 International Institute for Sustainable Development

Mayo 2020

Escrito por Howard Mann

**Para obtener más información,  
comuníquese con**

220 Laurier Avenue West, Suite 1100  
Ottawa, Ontario Canada K1P 5Z9  
Email: [Secretariat@IGFMining.org](mailto:Secretariat@IGFMining.org)



**IGF**

**IGFMining.org**  
@IGFMining

Secretaría organizada por:



Secretaría financiada por:

**Canada**