

Responsabilidad contractual en tiempos de pandemia en Colombia

Contractual Liability in Times of Pandemic in Colombia

Andrea Lizeth BUITRAGO JIMÉNEZ

Abogada

Candidata a Doctor de la Universidad de Salamanca, España

Procuradora Provincial de Bucaramanga, Colombia

ldu018725@usal.es

<https://orcid.org/0000-0001-6180-529X>

Recibido: 04/03/2021

Aceptado: 01/10/2021

Resumen

En época de pandemia el Estado requiere actuar con eficacia y prontitud en el desafío de atender la «emergencia económica, social y ecológica», así como en brindar soluciones urgentes a las relaciones jurídico-negociales vigentes que se vieron afectadas en su ejecución y cumplimiento por la toma de medidas transitorias de aislamiento preventivo obligatorio, distanciamiento

Abstract

In times of pandemic, the State needs to act efficiently and promptly in the challenge of addressing the Economic, Social and Ecological Emergency, as well as in providing urgent solutions to the current legal-business relations that were affected in their execution and compliance by the taking temporary preventive isolation measures, restricted hours, requirements for biosafety protocols,

social, horarios restringidos, exigencias de protocolos de bioseguridad, restricciones en el desplazamiento de una ciudad a otra, mayor valor de los materiales, bienes o servicios y toda una serie de normas expedidas por el Gobierno Nacional motivadas en el brote de la enfermedad COVID-19 en el país. En la esfera de la responsabilidad contractual, las medidas proferidas en el estado de excepción pudieron afectar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, encontrando de gran importancia el análisis de las posibles teorías que se pueden aplicar a los contratos estatales; sin embargo, las soluciones deben estar analizadas sobre la base de las circunstancias individuales de cada negocio jurídico, conllevando propuestas diferentes que en principio deberían ser tomadas de mutuo acuerdo por las partes en aras de satisfacer el interés general bajo la línea de los dogmas de la contratación pública estatal.

Palabras clave: responsabilidad contractual; fuerza mayor; caso fortuito; teoría de la imprevisión; hecho del príncipe; pandemia.

restrictions on movement from one city to another, higher value of materials, goods or services and a whole series of regulations issued by the National Government motivated by the outbreak of the COVID-19 disease in the country. In the sphere of contractual liability, the measures taken in the state of emergency could affect the fulfillment of contractual obligations, finding of great importance the analysis of the possible theories that can be applied to state contracts, however the solutions must be analyzed on the basis of the individual circumstances of each legal business, leading to different proposals that in principle should be taken by mutual agreement by the parties in order to satisfy the general interest under the line of the dogmas of state public procurement.

Keywords: contractual liability; force majeure; fortuitous event; theory of unforeseen; fact of the prince; pandemic.

Índice: 1. Introducción. 2. Responsabilidad contractual con ocasión de la pandemia COVID-19. 2.1. Planteamiento de la cuestión. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En esta situación lamentable que registra el mundo entero, las personas esperan de las administraciones locales y nacionales la gestión pública materializada en prioridades estratégicas que permitan prevenir, contener y mitigar los efectos de la pandemia COVID-19. Colombia requiere de gestores públicos eficientes que se acerquen a las regiones mediante contratos estatales cuyo fines principales sean salvaguardar la salud y vida de los ciudadanos, garantizando siempre que los procedimientos de selección y prioridades del Estado sean concretados en la realización de todos los esfuerzos posibles orientados a contener la emergencia sanitaria y permitir llegar con bienes, servicios y obras que necesitan las regiones del país para seguir adelante.

El esfuerzo de la Administración Pública se debe efectuar con un trabajo articulado entre las entidades nacionales, distritales y municipales, siempre orientadas bajo

estrategias que permitan llegar a un mismo fin: resistir a un camino desconocido en la lucha contra la pandemia; que de seguro ya está generando cambios en los modelos estructurales y de funcionamiento en la función pública, así como concibiendo visiones diferentes en las formas de vida de las personas: realizar y modificar los comportamientos preventivos y correctivos en procura de proteger nuestra salud y, especialmente, de los familiares.

Concebir reestructurar comportamientos en nuestra familia, la sociedad y el Estado significaría una lucha en lo tradicional u ordinario y lo novedoso y necesario. La disponibilidad en redirigir espacios y campos estratégicos en el ámbito personal, familiar, social, laboral y estatal pueden conllevar que este trayecto contribuya al acercamiento entre el Estado y la sociedad que implique formas de actuar y herramientas de comunicación tecnológicas diferentes, obligándose todos a modificar posiblemente sesgos mentales de convivencia que transformen y evolucionen al ser humano.

Para el profesor Ricardo RIVERO ORTEGA esa transformación en modo alguno obedece solo a las normas: «Es la cultura en su conjunto la favorecedora del círculo virtuoso de heterocontención que puede habernos traído hasta nuestro presente ser, más considerado y sociable»¹. Esa sociabilidad «diferente» y nuevas formas de actuar permitirán a la sociedad y el Estado mutar comportamientos y formas de respuesta propicias para el tiempo de crisis.

Es hora de aproximar la función pública a todos los territorios del país, la calidad de vida de los habitantes depende de la efectividad en las funciones y políticas públicas que permitan acercar el Estado con los pueblos; los programas coordinados entre entidades son inminentemente necesarios y urgentes donde se prioricen los recursos públicos en la estrategia y lucha contra el COVID-19; porque salir adelante es la única vía para la sociedad y el Estado.

De ahí la necesidad de escribir sobre las responsabilidades que se derivan del contrato estatal porque las funciones estatales deben continuar estando al servicio permanente de todos como lo ordena el precepto constitucional:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones².

El interés público perseguido con la celebración de los negocios jurídicos estatales debe motivarse en la satisfacción de las necesidades generales como lo decanta la H. Corte Constitucional³ cuando concluye que la contratación estatal debe estar al ser-

1. RIVERO ORTEGA, Ricardo. 2019. *Para qué sirve el derecho?* Grupo Editorial Ibáñez, 12.
2. Artículo 209 Constitución Nacional.
3. Sentencia C-400 de 1999: «Las consideraciones relativas al interés general que apareja la actividad contractual del Estado, permearon el proceso legislativo que culminó con la expedición de la referida Ley, ahora parcialmente demandada. En efecto, dentro de la exposición de

vicio del interés general que refiere el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 de la siguiente manera:

El cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines.

Ahora en tiempos de crisis el Estado debe resurgir con el suministro de bienes, realización de obras y prestación de servicios necesarios para afrontar la pandemia, promoviendo políticas públicas eficientes y garantes de los derechos de la comunidad.

Ese planteamiento e implementación en los nuevos modelos de acercamiento de la función pública arrojarán multiplicidad de negocios jurídicos celebrados por el Estado con diferentes matices en todos los ámbitos, en salud, educación, social, económico, agrícola, tecnológico, cultural —entre otros— llevando a los administradores públicos a asumir responsabilidades en su gestión pública.

En ese marco de las responsabilidades en la gerencia pública, puede decantar en: i. un éxito en la gestión eficiente y coadyuvante con los fines del Estado Social de Derecho que permita formular esquemas de prevención, mitigación y contención en el manejo de la pandemia; o ii. un desacierto en el ejercicio de la administración pública; situación que seguramente arrojaría responsabilidades fiscales, disciplinarias y penales para el gestor público evidenciando un indebido manejo o administración del Estado.

Lo que diferencia llegar a una situación de otra es el obedecimiento de los deberes propios de sus cargos públicos basados en la legalidad, cumpliendo y haciendo cumplir el ordenamiento jurídico bajo principios⁴ constitucionales y reglas que rigen la función pública. Los funcionarios del Estado deben ejercer sus competencias solo en aquello que le es permitido dentro de un sistema reglado de funciones.

Pues bien, en el ámbito de la contratación estatal los servidores públicos no son ajenos a cumplir responsabilidades propias de sus cargos; que en la esfera de la

motivos que el Gobierno Nacional presentó al Congreso, leemos el siguiente párrafo: ‘Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas. La celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras ocasiones la relación es apenas indirecta. Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados’».

4. Consejo de Estado, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, C.P. Ruth Stella Correa, expediente 24715, en relación con el principio de legalidad señaló lo siguiente: «La Ley 80 de 1993 contiene en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado y, en rigor, a los cuales se encuentran sujetos los procesos de selección que adelanten las entidades públicas cuando deseen contratar bien bajo la modalidad de la licitación pública o mediante la contratación directa».

pandemia COVID-19 su misión se apropia con mayor fuerza en los fines del Estado Social de Derecho consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

El ejercicio de la actividad contractual del Estado debe llegar a todas las poblaciones, satisfaciendo las necesidades urgentes y apremiantes que se registran por el brote del COVID-19. Los servidores públicos al planear, celebrar y ejecutar los negocios jurídicos de la Administración Pública deben considerar las necesidades colectivas como eje central de su función contractual. Toda clase de motivaciones de carácter subjetivo, político o de cualquier otra naturaleza podrían conducir a desvanecer las razones que motivan la contratación estatal y que se encuentran instituidas en dogmas propios de la Ley 80 de 1993 y normas complementarias.

Permitir reconstruir y mejorar la calidad de vida de los administrados es requisito *sine qua non* en las funciones estatales, incluyendo la ejecución de la contratación pública. Es esta vía la más propicia para dar aplicación al conjunto de reglas sobre la administración de un contrato estatal⁵ y que, a voces de Robert ALEXY, «los principios como mandato de optimización son normas que ordenan que algo sea realizado en la medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, por lo tanto, los principios son mandatos de optimización caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también las jurídicas»⁶; lo cual tanto dogmas como reglas constituyen elementos integrales a la hora de proceder la administración pública en la adecuada materialización de los negocios jurídicos.

A rango constitucional se ha elevado la responsabilidad de los agentes del Estado con la determinación precisa que refiere el artículo 6 in terminis:

Artículo 6.º. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o exralimitación en el ejercicio de sus funciones.

5. MALLANA, Ernesto. 2019: *Manual de Contratación de la Administración Pública*. Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 317.

6. ALEXY, Robert. 1993: *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdéz. Revisión Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 86-90.

La responsabilidad del Estado tiene como fundamento directo el artículo 90 Constitución Política, que abarca la contractual y extracontractual generada por un daño antijurídico:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra este.

Esta normativa encuentra relación con el artículo 124 Constitucional que traslada al legislador la obligación de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

A la hora de valorar las responsabilidades de los servidores públicos y de los particulares que ejercen función pública es imperioso acudir a los sistemas normativos que, en materia fiscal, disciplinaria, penal, administrativo, entre otras, existen en Colombia.

En esa línea en materia contractual el legislador *ab initio* de la Ley 80 de 1993 ha motivado la responsabilidad en la necesidad de «hacer de la contratación estatal un acto de justicia y de responsabilidad tanto de la persona pública que contrata como del contratista»⁷.

Uno de los principios que orientan la actividad contractual del Estado es el de responsabilidad decantado en el artículo 26 *ibidem*, que se hace eco de las normas constitucionales, determinando para el servidor público deberes de cumplimiento de los fines de la contratación, vigilancia en la correcta ejecución del objeto contratado y proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. Así mismo se itera la responsabilidad en que pueden incurrir al realizar actuaciones y omisiones antijurídicas que causen daños con ocasión de ellas.

Aunado a esta disposición, en el artículo 50 *ibidem* se incluyó la responsabilidad de las entidades estatales con ocasión de actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista⁸.

A su turno los servidores públicos responden disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en el ejercicio de la actuación contractual en los términos de la Constitución y la Ley, conforme lo prevé el artículo 51 *ibidem*. Los contratistas

7. *Gaceta del Congreso*, Exposición de motivos Ley 80 de 1993, n.º 75.

8. El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-333 de 1996, en el entendido de que debe ser interpretada en consonancia con el artículo 90 de la Constitución, puesto que esa norma constitucional se aplica también en relación con la responsabilidad contractual del Estado.

responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones con ocasión de la actividad contractual según lo prescrito en el artículo 52 *ibidem*. Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en el marco del artículo 7 *ibidem*.

Con el fin de obtener de sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro del monto de la indemnización que se reconoció a los particulares como resultado de una condena patrimonial a cargo del Estado o de un proceso de responsabilidad en contra de la entidad pública, la Administración Pública cuenta con la acción de repetición o llamamiento en garantía, mecanismos judiciales vigentes según las ordenanzas señaladas en el artículo 2 de la Ley 678 de 2001 modificado por la Ley 1474 de 2011.

Sobre la disposición anterior, la H. Corte Constitucional en Sentencia C-484 de 2002⁹ consideró admisible que los contratistas, interventores, consultores y asesores fueran asimilados a los particulares que ejercen funciones públicas, no siendo contrario a la Constitución y la Ley por cuanto en diferentes eventos estos sustituyen en sus funciones a las entidades públicas verbo y gracia contrato de concesión regulado por el Estatuto General de la Contratación Pública.

Corolario a lo anterior la decisión de la alta corporación constitucional parte de la premisa de que es la misma Constitución la que facultó al legislador para que regulara su ejercicio, situación que se materializó en el parágrafo primero del artículo 2 de la Ley 678 de 2001, al considerar que el régimen de responsabilidad para los contratistas, interventores, consultores y asesores con relación a la acción de repetición debía ser el aplicado en idéntico sentido para los servidores públicos, por cuanto, además de que estos responden en los términos contractuales, su actuación, acción u omisión también puede ocasionar un daño antijurídico como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa, situación en la cual debe responder en los términos del artículo 90 de la Carta.

Como se observa, el campo de la responsabilidad de la Administración Pública, agentes del Estado y contratistas se encuentra provisto de todo un sistema normativo que es integrado por nuestra norma de normas, Ley 80 de 1993¹⁰, Ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015 y las fuentes directas del derecho como la doctrina y la jurisprudencia.

El incumplimiento de las obligaciones propias del negocio estatal; el ejercicio de las potestades de la Administración Pública fundada por razones discrecionales y de

9. Sentencia expedida el 25 de junio de 2002, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, expedientes D-3824; D-3827; D-3812; y D-3833, acumulados. Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 1 (parcial); 2 (parcial); 4 (parcial), 5, 6, 7 (parcial); 9, 11 (parcial); 14, 15 (parcial); 16 (parcial); 17, 20 (parcial); 21 (parcial); 22 (parcial); 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 29, de la Ley 678 de 2001 «Por medio de la cual se reglamenta la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición».

10. Artículos 50 y ss. *ibidem*.

conveniencia; la expedición de una decisión administrativa, ley, reglamento o cualquier otra situación que afecte o altere esencialmente el acuerdo de voluntades pactado, todas ajenas a las actuaciones del contratista, pueden ser situaciones que deriven responsabilidades contractuales a cargo del Estado; en cada situación deben ser valoradas en principio por la Administración, y en sede judicial si llegase a ese extremo litigioso.

Los perjuicios ocasionados por cualquier modificación en las condiciones inicialmente pactadas o en la ejecución de los contratos deducen el principio de responsabilidad de la Administración contratante, siempre y cuando, se repite, no sea generada por culpa del contratista.

2. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL CON OCASIÓN DE LA PANDEMIA COVID-19

2.1. *Planteamiento de la cuestión*

Ante el panorama del COVID-19 en Colombia, el Gobierno Nacional enfrentó la pandemia declarada internacionalmente el 11 de marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud —OMS— tomando medidas como la declaratoria de la emergencia sanitaria mediante la expedición de la Resolución número 385 del 12 de marzo de 2020 proferida por el Ministerio de Protección Social; así mismo, el señor presidente de la República, mediante Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en virtud del artículo 215 Constitucional¹¹, debiendo *a posteriori* recurrir a la expedición de decretos con fuerza de ley que

11. «Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si este no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término [...].».

permitieran conjurar la grave crisis que afronta el país debido a la propagación y mortalidad que registra dicha enfermedad.

Las facultades reguladoras extraordinarias del presidente de la República encuentran fundamento en el artículo 47 de la Ley estatutaria 137 de 1994, norma mediante la cual en virtud del estado de emergencia en el país, el Gobierno Nacional puede expedir decretos con fuerza de ley «destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos». Lo anterior bajo la óptica de que la normatividad expedida encuentre relación directa y específica con la declaratoria del estado de emergencia; su finalidad y motivación se encamine a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos, y las normas expedidas sean necesarias e idóneas para reestablecer la situación que motivó el estado de crisis en el país.

En esa vía el presidente de la República consideró necesario tomar decisiones en todos los sectores; en materia de contratación estatal acudió a la toma de diferentes medidas para conjurar la pandemia, estableciendo mecanismos que permitan la adquisición de bienes, obras y servicios esenciales para contener la emergencia registrada en el país. En esta materia los esfuerzos de la Administración Central se resumen a continuación:

1. La realización de audiencias públicas virtuales, evitando el contacto directo entre los asociados interesados en los procesos de contratación, garantizando la libertad de concurrencia de los proponentes.

2. La facultad discrecional de la Administración de ordenar la suspensión de los procedimientos contractuales, inclusive en algunos eventos a la revocatoria del auto de apertura del proceso de selección, en los eventos que no existan medios que permitan su continuación dentro de los procedimientos legales.

3. La necesidad y urgencia de decretar procesos contractuales expeditos con el fin de adquirir bienes, obras o servicios para prevenir o mitigar el COVID-19, por cuanto la prioridad de la Administración Pública es redirigir esfuerzos para contener la pandemia.

4. Establecer que los contratistas del Estado podrán realizar los cobros pertinentes mediante la recepción, trámite y pago de facturas y cuentas de cobro por canales electrónicos, con el fin de no paralizar los pagos de los contratistas.

5. La adición ilimitada de los contratos estatales vigentes que permitan exclusivamente atender la pandemia, es decir, se podrán adicionar los negocios jurídicos por cuantías superiores al 50 %.

6. La inclusión de las tecnologías en el procedimiento administrativo sancionatorio generado por el incumplimiento contractual o suspender la Administración los términos de los mismos.

7. Modificar las prioridades expuestas en el Plan de Adquisiciones de cada entidad pública y ejecución del gasto con el fin de invertirlos en lo que necesariamente requiere el país para superar la pandemia.

8. Permitir a los entes territoriales la adquisición de bienes y servicios necesarios para prevenir y mitigar la emergencia a través de los acuerdos marco de precios o

instrumentos de agregación de demanda de Colombia Compra Eficiente. Lo anterior en el entendido de que las entidades públicas preferirán especialmente adquirir los bienes y servicios para atender la pandemia por este medio virtual.

9. Permitir a los proveedores de bienes y servicios necesarios para superar la pandemia ofrecer sus productos y servicios a través de la Tienda Virtual del Estado colombiano.

10. Dar por sentados los hechos que motivan la declaratoria de urgencia manifiesta en la Administración Pública, esto es, considerar probado el estado de emergencia que registra el país con el fin de acudir a la figura excepcional de contratación directa contemplada en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 y que permita a las entidades adquirir obras, bienes y servicios necesarios para contener el virus. Lo anterior con el ánimo de permitir a las entidades públicas contratar directamente los bienes que se necesiten para prevenir, mitigar o contener la pandemia, obviando los procesos licitatorios pertinentes y acudiendo específicamente a la contratación directa de bienes, obras y servicios.

11. Permitir a los agentes diplomáticos en el exterior negociar ante empresas extranjeras públicas, privadas o mixtas en forma rápida y oportuna los productos necesarios que requiere el país para proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida de las personas. Extendiendo dicha facultad al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores con el fin de contratar bienes y servicios dando cumplimiento a los objetivos del Ministerio de Relaciones Exteriores.

12. Adquisición en el mercado internacional de dispositivos médicos y elementos de protección personal permitiendo que las entidades públicas contraten directamente con personas extranjeras, naturales o jurídicas, que provean estos bienes y servicios conforme a las normas del derecho privado.

En virtud de sus facultades reglamentarias el Gobierno Nacional expidió multiplicidad de normas y específicamente en materia de contratación estatal el Decreto 440 de 2020 modificado por el Decreto 537 de 2020¹² mediante la cual se adoptaron medidas

12. La Corte Constitucional mediante Sentencia C 181-20 según Comunicado de Prensa del 17 de junio de 2020 M.P. Dr. Alejandro Linares Cantillo determinó que el Decreto 537 de 2020 cumple con los requisitos formales y materiales para su declaratoria y expedición. Mediante el ejercicio del control automático dicha Corporación verificó que este cumpliera los requisitos *formales* de validez: (i) fue suscrito por el presidente de la República y por todos los ministros; (ii) expedido en desarrollo y durante el término de vigencia del estado de excepción declarado mediante el Decreto Legislativo 417 de 2020; (iii) expresa una motivación; y (iv) su ámbito de aplicación comprende todo el territorial nacional. En cuanto a los requisitos *materiales*, la Sala Plena estimó que la Sentencia C-162 de 2020, mediante la cual se declaró exequible el Decreto Legislativo 440 de 2020, y que tiene un contenido normativo muy similar al Decreto Legislativo 537 de 2020, es un precedente relevante para resolver el presente asunto. La Corte encontró que el DL 537 (i) cumple el requisito de finalidad, puesto que las medidas están dirigidas a conjurar las causas que dieron origen a la declaratoria del estado de excepción y a impedir la extensión de sus

en el marco del estado de excepción decretado, entre ellas la relacionada en el artículo 7 de este último decreto que enseña:

Contratación de urgencia. Con ocasión de la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica, y en los términos del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales, para la contratación directa del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia del coronavirus COVID-19, así como para realizar las labores necesarias para optimizar el flujo de los recursos al interior del sistema de salud. Las actuaciones contractuales adelantadas con fundamento en la urgencia manifiesta se regirán por la normatividad vigente.

Con el mismo propósito, las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 podrán contratar de manera directa esta clase de bienes y servicios.

El alto Ejecutivo consideró importante en tiempo de pandemia generar confianza en los ordenadores del gasto público, considerando como probado el estado de emergencia sanitaria; fundamento fáctico que permite a la Administración Pública contratar directamente las necesidades que se deriven del estado de crisis mediante la figura jurídica de la urgencia manifiesta contemplada en el artículo 42 y 43 de la Ley 80 de 1993 y el literal a) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C 181-20 según Comunicado de Prensa del 17 de junio de 2020 M.P. Dr. Alejandro Linares Cantillo determinó que los Decretos 440 y 537 de 2020 cumplen con los requisitos formales y materiales para su declaratoria y expedición. Mediante el ejercicio del control automático dicha Corporación verificó que este cumpliera los requisitos *formales* de validez:

1. Fue suscrito por el presidente de la República y por todos los ministros.
2. Expedido en desarrollo y durante el término de vigencia del estado de excepción declarado mediante el Decreto Legislativo 417 de 2020.
3. Fue debidamente motivado.
4. Su ámbito de aplicación comprende todo el territorial nacional.

efectos; (ii) existe conexidad material tanto interna –las medidas son coherentes con los motivos invocados en el decreto objeto de revisión–, como externa –hay una relación directa con los hechos que dieron lugar a la declaración de emergencia económica, social y ecológica–; (iii) se encuentra suficientemente motivado; (iv) no desconoce la prohibición de arbitrariedad durante los estados de excepción; (v) no afecta ninguno de los derechos fundamentales intangibles; (vi) su contenido no contradice ninguna norma constitucional; (vii) se fundamenta en debida forma la incompatibilidad con las normas legales que suspende o modifica transitoriamente, en particular la medida relacionada en el art. 8 del DL 537; (viii) cumple con el requisito de necesidad, tanto fáctica como jurídica.

En cuanto a los requisitos *materiales*, la Sala Plena estimó que la Sentencia C-162 de 2020, mediante la cual se declaró exequible el Decreto Legislativo 440 de 2020, y que tiene un contenido normativo muy similar al Decreto Legislativo 537 de 2020, fue un precedente relevante para resolver el asunto.

A su turno, la Corte encontró que el Decreto Legislativo 537 (i) cumple el requisito de finalidad, puesto que las medidas están dirigidas a conjurar las causas que dieron origen a la declaratoria del estado de excepción y a impedir la extensión de sus efectos; (ii) existe conexidad material tanto interna –las medidas son coherentes con los motivos invocados en el decreto objeto de revisión–, como externa –hay una relación directa con los hechos que dieron lugar a la declaración de emergencia económica, social y ecológica–; (iii) se encuentra suficientemente motivado; (iv) no desconoce la prohibición de arbitrariedad durante los estados de excepción; (v) no afecta ninguno de los derechos fundamentales intangibles; (vi) su contenido no contradice ninguna norma constitucional; (vii) se fundamenta en debida forma la incompatibilidad con las normas legales que suspende o modifica transitoriamente, en particular la medida relacionada en el art. 8 del Decreto Legislativo 537, y (viii) cumple con el requisito de necesidad, tanto fáctica como jurídica.

En ese sentido la Corte concluyó en sus decisiones que los Decretos 440 y 537 de 2020 resultaron ajustados a la Constitución por cuanto encontró necesario que el Gobierno Nacional tomara decisiones con fuerza de ley de carácter temporal que permitieran conjurar la crisis; buscaron hacer efectivos los requerimientos de distanciamiento social según las recomendaciones de la Organización Mundial de Salud –OMS–; establecieron mecanismos idóneos para controlar la pandemia, por la gravedad, magnitud, dimensiones y naturaleza imprevisible de la crisis; permitieron actuar a las autoridades estatales atendiendo en forma inmediata y urgente la pandemia; fueron proporcionales frente a la crisis que se pretendió conjurar, y no establecieron ninguna medida discriminatoria.

Lo anterior permite deducir que, existiendo un bloque normativo aplicable mientras permanece el estado de emergencia económica y social que registra el país, con mucha más vehemencia ante las necesidades palpables, los agentes del Estado, contratistas, supervisores, interventores o particulares vinculados al ejercicio de la actividad contractual pública deben continuar respetando los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y del Estatuto General de Contratación Pública, así como el marco normativo extraordinario y temporal expedido por el presidente de la República con ocasión del estado de crisis originado por el COVID-19.

Mediante el Decreto 457 de 2020 el presidente impartió instrucciones relacionadas con el aislamiento preventivo obligatorio en todo el país, limitando a todas las personas habitantes de la República de Colombia la libre circulación de las personas y vehículos en el territorio nacional dejando actividades estrictamente necesarias para atender el estado de crisis. Así mismo contempló algunas excepciones referidas en el artículo 3 para lo cual en materia de contratos públicos se resaltan las siguientes:

- La intervención de obras civiles y de construcción, las cuales, por su estado de avance de obra o de sus características, presenten riesgos de estabilidad técnica, amenaza de colapso o requieran acciones de reforzamiento estructural.
- La construcción de infraestructura de salud estrictamente necesaria para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del COVID-19.

En la misma línea posteriormente mediante Decretos 531 del 8 de abril, 593 del 24 de abril, 636 del 6 de mayo y 689 del 22 de mayo, así como en Resolución 844 del 26 de mayo, el Gobierno Nacional impartió instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia para el mantenimiento del orden público y preservando la salud y vida de los habitantes.

En forma paulatina el Gobierno Nacional consideró viable aperturar en la economía diferentes actividades de las cuales se extraen las siguientes: ejecución de obras de infraestructura de transporte y obra pública; ejecución de obras de construcción de edificaciones y actividades de garantía legal, así como el suministro de materiales e insumos exclusivamente desinados a la ejecución de las mismas; funcionamiento de la infraestructura crítica —computadores, sistemas computacionales, redes de comunicaciones, datos e información cuya destrucción o interferencia puede debilitar o impactar en la seguridad de la economía, salud pública o la combinación de ellas—: actividades de los puertos de servicio público y privado, exclusivamente para el transporte de carga; actividades de dragado marítimo y fluvial; actividades relacionadas con la producción, transporte y abastecimiento de productos textiles, combustible, repuestos y accesorios.

En relación con los empleados y contratistas del Estado y en el sector privado se establecieron mediante la expedición del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020 medidas como el trabajo en casa o teletrabajo, orientando a las entidades del sector público y privado procurar que los empleados, contratistas o trabajadores desarrollen las funciones y obligaciones bajo dichas modalidades u otras similares, disponiendo la utilización de medios tecnológicos para la prestación de los servicios a cargo de las entidades como la firma y notificación de actos administrativos, ampliación de términos para atender peticiones, suspensión de términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales en sede administrativa entre otras medidas tendientes a garantizar la atención y prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y particulares que ejercen funciones públicas.

Así mismo se ordenaron medidas especiales para los contratos de prestación de servicios profesionales en el evento de no poderse cumplir con las obligaciones contractuales para este tipo de relaciones contractuales; una vez superado el estado de emergencia el contratista deberá ejecutar y cumplir el objeto y obligaciones en los términos de los negocios jurídicos. El Gobierno Nacional en aras de proteger a las familias que dependen de la ejecución de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, así como de los contratos de prestación de servicios administrativos suscritos por personas jurídicas con entidades públicas, cuyo

objeto sea la prestación del servicio de vigilancia, aseo, cafetería, transporte y demás servicios de esta naturaleza, consideró necesario advertir que no se podrán suspender, menos aún terminar, los mencionados negocios jurídicos¹³.

2.2. Repercusión y efectos de la COVID-19 en los contratos del sector público: la responsabilidad contractual

Con este panorama ante el actual estado de emergencia económica, social y ecológica que registra el país, infinidad de negocios jurídicos se han visto paralizados con ocasión del brote acelerado y repentino de la pandemia, las medidas tomadas por el Gobierno Nacional, el aislamiento preventivo obligatorio, la restricción vehicular e imposibilidad de trasladarse de un lugar a otro, las exigencias de los protocolos de seguridad, el distanciamiento social, la limitación de horarios laborales; generaron consecuencias en los contratos estatales que repercuten en el equilibrio económico contractual, cumplimiento efectivo y oportuno de las obligaciones contractuales y toda una serie de situaciones que tendrían que ser valoradas por las partes ante la presencia de un hecho extraordinario que produce efectos negativos en la planeación y ejecución de los contratos públicos.

En ese sentido resultaría imperioso valorar, en cada caso concreto, mecanismos jurídicos como la fuerza mayor o el caso fortuito, la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe sobre la base de la materialización de los principios que rigen la función pública y la contratación estatal; resaltando la transparencia, eficacia, economía, buena fe¹⁴ y responsabilidad.

Sin duda alguna, el punto de partida es la pandemia COVID-19; hecho que no podía ser previsible para el Estado y los asociados ocasionando la afectación en la ejecución contractual. En el campo de la responsabilidad contractual se deberán examinar situaciones como la clase de contrato estatal suscrito, su fecha de celebración, compromisos pendientes por ejecutar, lugar de cumplimiento de obligaciones y circunstancias propias de cada negocio jurídico.

13. Artículos 16 y 17 Decreto 491 de 2020.

14. Consejo de Estado, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, C.P. Ruth Stella Correa, expediente 24715 se brinda orientación respecto al principio de buena fe en materia de contratación pública de la siguiente manera: «La buena fe es considerada como un modelo o criterio de actitud y conducta, que debe preceder al contrato, permanecer, durante la ejecución y perdurar luego de su cumplimiento.⁷¹ La Ley 80 de 1993, incorpora este principio general en el numeral segundo del artículo 5 por cuya inteligencia los contratistas deberán obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilataciones y entramamientos que pudieran presentarse; en el artículo 28 en el que estableció que este principio se tendrá en cuenta en la interpretación de las normas de los contratos estatales, de los procedimientos de selección y escogencia de los contratistas y de las cláusulas y estipulaciones de ellos».

En primer término, a la hora de estudiar la responsabilidad contractual, la fuerza mayor o caso fortuito es considerada como un factor eximente de esta.

El artículo 64 del Código Civil¹⁵ define la fuerza mayor o caso fortuito como «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.».

Para que opere la fuerza mayor como eximente de responsabilidad contractual debe ser absoluta, imprevisible e irresistible, rompiendo el nexo de causalidad entre la falta de ejecución o cumplimiento del contrato con el daño derivado del mismo¹⁶.

En tiempos de pandemia la valoración como eximente de responsabilidad en sede administrativa o judicial deberá ser analizada en cada caso concreto sopesando las condiciones de aislamiento preventivo, tipología contractual, compromisos contractuales incumplidos y toda una serie de eventos propios de cada negocio jurídico atendiendo a la crisis palpable que se registra incluso a nivel mundial.

Por esta razón el deudor de la obligación podrá en determinado evento excusarse del cumplimiento de sus compromisos contractuales ante la imposibilidad absoluta de ejecutar el contrato por la presencia del COVID-19, siendo imprevisible e irresistible, no imputable a este, se repite, situación que en cada caso analizará el administrador público o el operador jurídico.

En otros eventos, el deudor podría excusarse del cumplimiento oportuno de las obligaciones contractuales, imposibilitándose solo transitoriamente la ejecución

15. Por remisión descrita en el artículo 13 de la ley 80 de 1993 que expresa: «NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2.º del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia. Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera».

16. Consejo de Estado Sentencia del 11 de septiembre de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Radicación número: 68001-23-15-000-1995-00464-01(14781). La imprevisibilidad que determina la figura, se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer que es lo previsible resulta necesario considerar las circunstancias particulares del caso concreto; supone verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega el fenómeno liberatorio. La ejecución del contrato estatal puede tornarse imposible por la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor, en cuyo evento la parte incumplida estará eximida de responsabilidad, porque el daño no le resulta jurídicamente imputable. La fuerza mayor se produce, como se indicó, cuando el hecho exógeno a las partes es imprevisible e irresistible en las condiciones igualmente señaladas, con la precisión de que la irresistibilidad, en materia contractual, se traduce en la imposibilidad absoluta para el contratante o contratista de cumplir sus obligaciones en las condiciones o plazos acordados. La fuerza mayor determina la inejecución de la prestación, sin que ello comporte la responsabilidad contractual, porque el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes y en esta medida no resulta imputable al contratista.

efectiva de las prestaciones debidas, como en los casos de los contratos con ejecución sucesiva. Al respecto el maestro Fernando HINESTROZA indica:

Los contratos de ejecución sucesiva, especialmente si son de larga duración, son propicios a vicisitudes consistentes en imposibilidades transitorias, que bien pueden asumirse y sortearse con suspensión de la ejecución de las obligaciones, que se reanudará al desaparecer el obstáculo, salvo que el período se prolongue más de la cuenta o que la presencia del intervalo afecte la economía del contrato o contradiga gravemente el interés del acreedor. El ejemplo de la suspensión del contrato de trabajo (art. 51 C.S.T.) es proverbial¹⁷.

Pues bien, el hecho configurativo de fuerza mayor o caso fortuito constituyen diferentes eventos sobrevinientes imprevisibles e irresistibles que causan inejecución absoluta contractual y que serán objeto de análisis por los operadores jurídicos a la hora de darle validez o no a la figura jurídica en estudio, según el contrato suscrito. En ese sentido ambos escenarios se encuentran abiertos a la interpretación jurídica, analizando en cada evento si el COVID-19, el aislamiento preventivo obligatorio y efectos propios de las medidas tomadas por el Gobierno Nacional en determinado negocio jurídico motivan suficientemente el incumplimiento de las obligaciones contractuales, eximiéndose el deudor de responsabilidad contractual.

De otra parte, la teoría de la imprevisión en los contratos estatales o el *factum principis*¹⁸ se aplica cuando el contratista ha ejecutado el contrato con dificultades, por la presencia de hechos exógenos e imprevisibles, que alteran la ecuación económica del contrato atendiendo las orientaciones del artículo 27 *ibidem*. En este evento se generará tan solo el derecho a obtener las pérdidas sufridas y no las ganancias posibles, impidiendo la posibilidad al cocontratante de solicitar indemnización de perjuicios por la responsabilidad imputable a la Administración Pública, sino un daño generado por un hecho extraordinario o externo a las partes.

Para el profesor MALLANA¹⁹ «la teoría de la imprevisión tiene cabida cuando situaciones extraordinarias, ajenas a la voluntad de las partes, que sean de naturaleza imprevisible y que se presenten con posterioridad a la celebración del contrato, alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución».

La teoría de la imprevisión podría aplicar en época de pandemia por ser un hecho ajeno y no imputable a las partes, es una situación extraordinaria e imprevisible que

17. HINESTROZA, Fernando. 2007: *Tratado de las obligaciones*. 3.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

18. Terminología utilizada históricamente en la época del absolutismo. Hoy alude a todo tipo de medidas legislativas o administrativas que afectan la ejecución del contrato. De ahí las dificultades de su aplicación práctica.

19. MALLANA, Ernesto. 2019: *Manual de Contratación de la Administración Pública*, *op. cit.*, 357.

debe ser evaluada por la Administración Pública frente a la alteración grave en la ecuación financiera de determinado negocio jurídico.

La jurisprudencia²⁰ enseña la diferencia fundamental entre la fuerza mayor y la teoría de la imprevisión, distinguiéndose en que la primera exime de responsabilidad al contratista incumplido, mientras que en la aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato en condiciones gravosas, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible.

Dadas las condiciones generadas por el COVID-19 y los efectos de las medidas de aislamiento, económicas, sociales y demás, en la ejecución de los negocios jurídicos se pueden producir costos imprevisibles en la ejecución del contrato que hicieron más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, verbo y gracia incurriendo en gastos necesarios para afrontar los efectos que genera el aislamiento preventivo, distanciamiento social y las restricciones de movilidad que inciden en la economía del contrato afectando el equilibrio financiero contractual.

Esta teoría podría ser evaluada en los contratos de obra donde se incurren en mayores costos para el cumplimiento contractual, situación no previsible en la génesis del negocio jurídico contrato, menos aún en los documentos previos al mismo. Para el efecto el accionante deberá acreditar:

- i. La ocurrencia de hechos imprevisibles: pandemia COVID-19 declarada por la OMS y medidas extraordinarias adoptadas por el presidente de la República.
- ii. El cumplimiento del contrato: la ejecución del objeto contratado, no obstante las graves dificultades de desplazamientos en época de pandemia, sobrecostos, elaboración de protocolos de bioseguridad, horarios restringidos y demás.
- iii. La alteración grave de la ecuación económica del contrato que se alega: demostrando cuánta obra ejecutó y entregó, cuáles fueron los costos que previó y los que efectivamente incurrió, que tanto cobró y se le pagó, todo ello demostrable a la luz del derecho probatorio vigente en Colombia.

En algunos eventos, situaciones como el alquiler de maquinaria, conservar la nómina a cargo del contratista, los elevados costos de los materiales, el tiempo de suspensión de actividades por las medidas tomadas por el Gobierno Nacional pudieron generar una alteración en el equilibrio económico del contrato, situación que a todas luces resultaba imprevisible para las partes debiendo ser analizada bajo principios de solidaridad, autonomía de la voluntad, igualdad de las partes, proporcionalidad, justicia y razonabilidad, estudiando los objetivos para los cuales fue suscrito el negocio jurídico, los efectos que las medidas tomadas temporalmente por el Gobierno Nacional generaron en cada una de las relaciones contractuales.

20. Consejo de Estado, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Radicación número: 68001-23-15-000-1995-00464-01(14781), *op. cit.*

En el mismo sentido la teoría de la imprevisión en época de pandemia podría ser analizada en la diversidad de tipología contractual, siendo necesario evaluar en cada caso concreto la configuración de los elementos que la caracterizan, con el fin de estudiar su viabilidad y velar por la igualdad contractual que pregonaba el artículo 27 de la ley 80 de 1993.

En contraste con la teoría de la imprevisión se encuentra el hecho del príncipe como fuente de exoneración de la responsabilidad contractual²¹. En ésta época de crisis el Estado ha tomado una serie de medidas de carácter general y abstracto que eran imposibles de prever en la planeación y celebración del negocio jurídico, alterando en forma anormal y extraordinaria la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto e incidiendo directa o indirectamente este en el negocio estatal suscrito.

La aplicación del hecho del príncipe lleva consigo el reconocimiento de una indemnización integral incluyendo el daño emergente y el lucro cesante a favor del contratista, reconociendo las utilidades dejadas de percibir con ocasión de las medidas tomadas por el Estado, quien deberá ser el mismo contratante del negocio jurídico.

Aterrizando este tipo de responsabilidad «sin culpa», en el estado actual que registra el país, el Estado ha tomado medidas urgentes con el fin de prevenir, mitigar y contener la pandemia llevando consigo situaciones que repercuten en la ecuación

21. «La falta concomitante del contratista (dolosa o culposa) exime a la administración de toda responsabilidad por el *factum principis* (la mora en el cumplimiento de la obligación impide gozar del beneficio...)».

Para la doctrina española «la justificación de la indemnización en el caso del *factum principis* es, en definitiva, la misma que la de la responsabilidad extracontractual de la administración: el principio de la responsabilidad objetiva por el cual la administración está obligada a indemnizar toda lesión, todo perjuicio antijurídico (aquel que el titular del patrimonio no tiene el deber jurídico de soportar), aunque el agente que lo ocasione obre, él mismo, con toda licitud, es decir, aunque el perjuicio no haya sido causado antijurídicamente». Se habla pues allí de «una responsabilidad extracontractual aunque liquidable en el seno de un contrato; por esa razón de que se trata de una interferencia incidental de poderes rigurosamente extracontractuales, de un sacrificio puro y simple de la posición material que el contrato precisamente aseguraba» (cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA). ARIÑO ORTIZ, Gaspar. 1968: *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 266, 267 y 268.

En relación con la condición de la autoridad que profiere la norma general, para la doctrina y la jurisprudencia francesa el hecho del príncipe (*le fait du prince*) se configura cuando la resolución o disposición lesiva del derecho del cocontratante emana de la misma autoridad pública que celebró el contrato, lo cual permite afirmar que constituye un caso de responsabilidad contractual de la administración sin culpa⁶. La justificación de esta posición radica en la ausencia de imputación del hecho generador del perjuicio cuando este proviene de la ley, por cuanto el autor del acto (Nación, Congreso de la República) puede ser distinto de la administración contratante. No obstante no se priva al contratista de la indemnización, ya que podrá obtenerla a través de la aplicación de la teoría de la imprevisión.

financiera de los mismos. Verbo y gracia una entidad pública «contratante» expide una resolución o reglamento con base en los decretos especiales del estado de emergencia, económica, social y ecológica como autoridad pública generando un desequilibrio económico para el contratista; por lo cual resulta aplicable la indemnización de perjuicios con ocasión del hecho generador proferido por el Estado.

Lo anterior según la sentada jurisprudencia del Consejo de Estado²², en donde el hecho del príncipe solo tendría cabida si la autoridad que expide el acto administrativo es el mismo contratante en la relación jurídica negocial que se alega que surgió el desequilibrio económico.

Mi posición jurídica encuentra reposo sobre la base de que es el Estado un solo órgano de administración pública, para lo cual el hecho del príncipe puede configurarse ante las decisiones de cualquier autoridad pública u órgano estatal. En tal sentido coincido con las razones expuestas por la H. consejera de Estado Ruth Stella Correa Palacio en aclaración de voto de la sentencia expedida el 4 de febrero de 2010 donde expresó:

Mi disentimiento con la tesis expuesta recientemente por la Sala y que ahora reitera, estriba en que considero que el hecho del príncipe como fuente indemnizatoria ante el desequilibrio de un contrato, es el resultado de un acto emanado o expedido por cualquier autoridad u órgano del Estado. En ese mismo sentido se pronunció en Sentencia del 15 de febrero de 1999 (Exp. 11194), en la cual expresó que el equilibrio económico del contrato puede verse alterado durante su ejecución por actos de la administración como Estado y puntualizó que «es aquí donde recobra aplicación la teoría conocida como el hecho del príncipe», según la cual cuando la causa de la agravación deviene de un acto de la propia administración contratante, o de un acto, hecho u operación atribuibles al poder público en cualquiera de sus ramas que perturben la ecuación contractual en perjuicio del contratista, debe ésta restablecerse.

En cada caso concreto serán los jueces de la República quienes tomarán una vía o la otra, considerando si los decretos emitidos por el Gobierno Nacional relacionados con el aislamiento preventivo obligatorio, distanciamiento social y el estado de emergencia aplican como fundamento jurídico en todo tipo de relaciones negocials suscritas por la Administración Pública como salvaguarda para alegar la indemnización de perjuicios, bajo la teoría del hecho del príncipe.

Finalmente, en temas de la responsabilidad de los agentes del Estado, contratistas, supervisores e interventores, es necesario advertir que el campo de la responsabilidad civil, penal, fiscal, disciplinaria y política puede aperturarse con ocasión de la suscripción de los negocios jurídicos estatales en virtud de la declaratoria de la urgencia manifiesta contemplada en el artículo 7 del Decreto 537 de 2020.

22. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de septiembre de 2003, expediente 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Los contratos estatales en tiempos de pandemia deben sustentarse en la necesidad y urgencia que exige la toma de medidas extraordinarias, estrictas y directamente relacionadas con la prevención, mitigación y contención del virus, disponiendo el Estado de los recursos financieros, humanos y logísticos para enfrentar los efectos del COVID-19, evitando daños y perjuicios mayores para la comunidad y en observancia siempre de la situación palpable de afectación y evolución de la enfermedad en la sociedad, para lo cual los administradores públicos deberán cumplir con los principios de eficiencia, moralidad, economía, planeación, transparencia, dogmas orientadores incluso en el estado de excepción decretado por el presidente de la República mediante Decreto 417 de 2020.

La contratación pública debe garantizar el principio de legalidad y materializar la satisfacción de las necesidades generales de la sociedad dentro del Estado Social de Derecho. LAMPREA expresa que la actividad del Estado tiene por fin primordial la satisfacción del interés general, por encima de los intereses particulares de los servidores públicos²³.

Es hora de encontrar soluciones prontas y razonables, desde el Estado y sus colaboradores, que permitan salir adelante construyendo medidas eficaces con el fin de resistir a la pandemia y dar cumplimiento en su mayoría a los negocios jurídicos públicos, evitando graves consecuencias para la sociedad.

Las partes en la relación jurídico-negocial deben partir de ámbitos que ofrezcan rectitud, honradez y lealtad en la actividad contractual siendo un «modelo o criterio de actitud y conducta, que debe preceder al contrato, permanecer durante su ejecución y perdurar luego de su cumplimiento»²⁴.

El Estado deberá materializar principios propios de la contratación estatal, analizando en cada caso concreto los efectos que causaron en la ejecución contractual el brote de la pandemia, las medidas temporales tomadas por el presidente de la República, la tipología contractual, el porcentaje de cumplimiento en la ejecución contractual y, en fin, toda una serie de condiciones especiales generadas por la situación del estado de crisis y las políticas públicas, propiciando una negociación directa con el contratista con el fin de dar cumplimiento a los objetivos del negocio jurídico, el equilibrio económico del contrato y el principio de prevalencia del interés general.

3. CONCLUSIONES

- La pandemia constituye una circunstancia extraordinaria imprevisible que ha generado cambios en las formas de funcionamiento de la Administración Pública y acercamiento a la sociedad.

23. LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. 1996: *Anulación de los actos de la administración pública*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 4.

24. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 22 de abril de 2006, Exp. 8830.

- La responsabilidad contractual puede derivarse de la imposibilidad absoluta de ejecutar el negocio jurídico motivado en los efectos que provocaron las medidas tomadas por el Gobierno Nacional.
- El operador jurídico deberá analizar la actividad contractual en cada caso concreto, efectuando soluciones idóneas en beneficio del interés general y aplicando los principios de la contratación estatal y función administrativa constitucionales.
- La obligación del Estado es proponer soluciones inmediatas al cocontratante en la interpretación y ejecución de cada negocio jurídico, partiendo de las circunstancias y efectos que generaron la situación de emergencia por el COVID-19.
- La responsabilidad de los servidores públicos, contratistas, interventores y supervisores es conjunta a la hora de satisfacer el objeto contractual, para lo cual ante la diversidad de contratos suscritos, las soluciones y determinaciones en la responsabilidad pueden variar dependiendo de la obra, bien o servicio contratado, fecha de suscripción del contrato, porcentaje y lugar de cumplimiento del mismo, así como todas las circunstancias propias de cada negocio estatal.
- En el estado de excepción los deberes de los administradores públicos deben cumplirse con más eco mediante la realización de actuaciones constitucionales que permitan resurgir a la sociedad del estado de crisis.
- Los jueces de la República deberán valorar, en su momento, las teorías de exclusión de responsabilidad contractual y las medidas tomadas por las partes contractuales, arrojando nuevas tesis en la construcción del derecho.
- El cumplimiento de las finalidades públicas en el estado de crisis exige con mayor importancia realizar desde el Estado actuaciones tendientes a satisfacer los intereses colectivos.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. 1993: *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdéz. Revisión Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 86-90.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. 1968: *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 266, 267 y 268.
- Código Civil Colombiano*. Editorial Legis, 2019.
- Constitución Política de Colombia*. Editorial Temis, 2020.
- Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Editorial Legis, 2019.
- Gaceta del Congreso*, Ley 80 de 1993.
- Gaceta del Congreso*, Ley 1150 de 2007.
- Gaceta del Congreso*, Exposición de motivos Ley 80 de 1993, n.º 75.
- HINESTROZA, Fernando. 2007: *Tratado de las obligaciones*. 3.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. 1996: *Anulación de los actos de la administración pública*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 4.

MATALLANA, Ernesto. 2019: *Manual de Contratación de la Administración Pública*. Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 317.
Presidencia de la República, Decretos del Estado de Emergencia Económica y Social de Colombia: Decretos 440, 491, 537, 531, 593, 636 y 689 del 2020.
Resoluciones 385 y 844 de 2020 expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social.
RIVERO ORTEGA, Ricardo. 2019: *¿Para qué sirve el derecho?* Grupo Editorial Ibáñez, 12.

Sentencias:

Corte Constitucional, Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, expediente D-2268.
Corte Constitucional, Sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, expediente D-1111.
Corte Constitucional, Sentencia C-484 del 25 de junio de 2002, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, expedientes D-3824; D-3827; D-3812; y D-3833, acumulados.
Corte Constitucional, Sentencia C 181-20 según Comunicado de Prensa del 17 de junio de 2020. M.P. Dr. Alejandro Linares Cantillo.
Consejo de Estado, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Radicación número: 68001-23-15-000-1995-00464-01(14781).
Consejo de Estado, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Radicación número: 68001-23-15-000-1995-00464-01(14781), *op. cit.*
Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de septiembre de 2003, expediente 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.
Consejo de Estado, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, C.P. Ruth Stella Correa, expediente 24715.