



ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL EN ÉPOCA DE COVID-19: UN ASUNTO POR REVISAR

Gonzalo Enrique Gutiérrez Orozco¹

INTRODUCCIÓN

En la teoría contemporánea de los contratos estatales, se ha intentado buscar un fundamento que explique de mejor forma la responsabilidad contractual derivada de los contratos administrativos, estudio que por supuesto requiere del análisis de la naturaleza de este tipo de negocios jurídicos, su propósito, finalidades y los intereses que involucran.

Derivado de este análisis, parte de los doctrinantes coinciden en señalar que uno de los fundamentos principales de los contratos públicos, es el equilibrio económico del contrato, como principio y como regla que fundamenta la celebración de estos negocios jurídicos, tal como lo señaló Laubadere, 1983, como se citó en Zapata, 2019.

Sobre esta base, al verse encontrados diversos intereses, uno público del Estado representado sobre la entidad contratante y otro privado, respecto del contratista o colaborador particular, se hace necesario que exista un equilibrio económico de las prestaciones, con la finalidad de que: i) se cumpla con el propósito público de salvaguardar el interés de la obra, bien o servicio contratado, y por otro ii) se asegure que el contratista que legítimamente tiene expectativas económicas, las cumpla en los términos de la oferta que fue presentada.

En vista de las condiciones particulares que presentó la situación sanitaria derivada de la pandemia de la COVID-19, se hace necesario realizar un estudio integral que permita determinar en que casos, este rompimiento del equilibrio económico del contrato, como fundamento de los contratos estatales, da lugar al reconocimiento de responsabilidades en cabeza del Estado, así como, es necesario

¹ Abogado, Universidad Santo Tomás Seccional Tunja., Candidato a Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. Correo electrónico: gego1201@hotmail.com



establecer los mecanismos que, previamente al reconocimiento de esta responsabilidad, pueden ayudar al restablecimiento de la ecuación contractual.

Para ello, abordaremos en primer lugar, una definición de lo que es el equilibrio económico del contrato, luego se examinarán los mecanismos que ordinariamente han sido dispuestos para su restablecimiento, y, finalmente, a la luz de la normatividad extraordinaria que fue expedida en vigencia de la Emergencia Sanitaria, determinar, con fines enunciativos, cuales circunstancias pueden ser consideradas como imprevistos y rompan el equilibrio económico del contrato, así como indicar que mecanismos pueden salvaguardar esa integridad económica del mismo.

Planteamiento del problema.

En el año 2020, inició uno de los eventos sanitarios más importantes y devastadores para la humanidad en el último siglo, se trata de la pandemia de la COVID-19, que en efecto tuvo un notable impacto en nuestro país. A raíz de este evento, desde el punto de vista jurídico se presentaron varias manifestaciones, que han sido desde dicho momento objeto de estudio por parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional.

Se puede resaltar, por ejemplo, dentro de estas manifestaciones jurídicas, la declaratoria de Estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, que se dio con el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020; y el segundo evento, fue la restricción de movilidad impuesta bajo la modalidad de aislamiento preventivo obligatorio, que empezó a regir en todo el país, desde 25 de marzo de 2020, con ocasión de la expedición del Decreto 457 del 20 de marzo de 2020.

Por supuesto el impacto económico de medidas tan restrictivas como el aislamiento preventivo, se agudizó con fenómenos internacionales² como el incremento en la tasa de cambio en el mercado del dólar, que alcanzó en los días de marzo de 2020 niveles históricos, además de generar desempleo, pérdida de empresas, entre otros fenómenos (El Tiempo, 2021).



El carácter generalizado de estos eventos condujo igualmente a la parálisis de contratos, tanto privados como públicos que se encontraban en ejecución en su momento, en la medida que se impidió la libre circulación de quienes realizaban las labores materiales correspondientes, generando afectaciones sobre estos negocios jurídicos.

Con base en estos antecedentes, fue posible encontrar para el caso puntual de los contratos públicos, eventos en los que las entidades se vieron obligadas a suspender la ejecución de los contratos, de forma bilateral por supuesto, esto ante esa imposibilidad material y jurídica de llevar a cabo los objetos contractuales propuestos, y aunque no en todos los casos ello fue necesario, si afectó en gran medida la contratación pública.

A pesar de que existen mecanismos que ordinariamente servían para enfrentar circunstancias, tales como la revisión de precios de los contratos (numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993), lo cierto es que una situación tan extraordinaria, diferente e imprevisible, que afectó de tal forma el curso normal de los contratos, requería un tratamiento especial, más aún cuando desde el primer momento se supo que sería una situación que se prolongaría en el tiempo.

Entonces, debe analizarse como desde la teoría del equilibrio económico del contrato y las circunstancias que rompen el mismo, se encuadra el supuesto pandémico que hemos descrito anteriormente, lo anterior, con la finalidad de que teóricamente se pueda entender cuales son los mejores caminos para asegurar, por un lado, el cumplimiento de los fines del estado a través de los mecanismos contractuales, y por otro, permitir el goce de las utilidades razonables y ganancias previstas, por parte del colaborador del contrato.

La presente investigación entonces, además de analizar teóricamente cual es el enfoque se debe asumir respecto de la pandemia del COVID, pretende buscar las soluciones que contractualmente resultan más ajustadas al interés tanto del contrato como de la entidad pública, lo anterior en la medida que, pueden presentarse múltiples supuestos, en donde en unos casos sea necesario que el estado restablezca el equilibrio económico del contrato, y en otros en donde debe fijarse una correcta planeación de los eventos asociados a la pandemia.

Formulación del problema.

¿Analizar la forma en que la situación derivada de la pandemia de la COVID-19 genera un desequilibrio de la ecuación de los contratos estatales y de qué forma el Estado puede asumir el restablecimiento de esta situación?

- Objetivo General.

Estudiar cómo la situación derivada de la pandemia de la COVID-19 puede generar un desequilibrio en la ecuación de los contratos estatales y de qué forma el Estado puede asumir el restablecimiento de esta situación.

- Objetivos específicos.

- Definir y establecer un alcance de lo que es el equilibrio económico de los contratos, a la luz de la teoría contractual en el derecho administrativo.
- Examinar cuales son los mecanismos que ha establecido el ordenamiento jurídico para recuperar el equilibrio económico de los contratos estatales.
- Establecer si los fenómenos asociados a la pandemia de la COVID-19 pueden representar circunstancias que válidamente sean considerados como imprevistos que rompen el equilibrio económico del contrato estatal.

SUMARIO

1. El equilibrio económico de los contratos estatales. 2. Instrumentos para garantizar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. 2.1. Modificación bilateral del contrato. 2.2. Utilización del reajuste de precios. 2.3. La liquidación bilateral del contrato. 3. Rompimiento del equilibrio económico del contrato en época de COVID-19.

Resumen

Con ocasión de la emergencia sanitaria derivada de la rápida propagación del virus causante de la COVID-19, y su declaratoria como pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud, el Estado Colombiano se vio en la obligación de decretar una serie de medidas de índole restrictivo, que iniciaron con un aislamiento que prohibió la libre movilidad de los ciudadanos.

Esta situación, conllevó a decretar medidas como la del trabajo virtual, tanto en el sector público como en el privado, además de implantar un sistema de virtualidad en el sistema educativo de todo orden. Ello, generó múltiples dificultades de todo orden, tanto en la prestación de servicios del estado, como en el suministro de bienes y servicios, lo que por supuesto también afectó la lógica de los contratos estatales.

La presente investigación, tiene por objeto estudiar la forma en como la Emergencia Sanitaria derivada de la COVID-19 tuvo un efecto directo e inmediato en una de las figuras que mayor relevancia ha adquirido en el marco del fundamento de la responsabilidad contractual del Estado: el equilibrio económico de los contratos.

En efecto con la llegada de esta pandemia, se presentaron múltiples supuestos que tuvieron una notable incidencia en la normal ejecución de los contratos, empezando por las restricciones a la movilidad que obligaron a suspensiones contractuales, la necesidad de incorporar en las adquisiciones de elementos de protección personal y el establecimiento de los protocolos de bioseguridad, como mecanismo para garantizar el interés general en medio de esta situación excepcional.

Por ello, desde el ámbito de la ejecución del contrato fue necesario encontrar múltiples soluciones para evitar que estas circunstancias afectaran la ecuación económica del contrato, eventos que en la actualidad pueden haber sido parcialmente solucionados, no obstante lo anterior, el futuro podrá deparar una altísima litigiosidad, a la que se deberá llegar con estrategias jurídicas, que sean construidas sobre la



base de la equidad, pero que también puedan atender a un criterio de eficiencia y protección del patrimonio público.

Palabras Clave: Equilibrio económico, ecuación contractual, COVID-19, teoría de la imprevisión, responsabilidad contractual.

Abstract:

On the occasion of the sanitary emergency derived from the rapid spread of the virus causing COVID-19, and its declaration as a pandemic by the World Health Organization, the Colombian State was forced to decree a series of restrictive measures, which began with an isolation that prohibited the free mobility of citizens.

This situation led to decreeing measures such as virtual work, both in the public and private sectors, in addition to implementing a system of virtuality in the educational system of all kinds. This generated multiple difficulties of all kinds, both in the provision of state services and in the supply of goods and services, which of course also affected the logic of state contracts.

The present research aims to study the way in which the Health Emergency derived from COVID-19 had a direct and immediate effect on one of the figures that has acquired the greatest relevance within the framework of the foundation of the State's contractual responsibility: the economic balance of contracts.

In fact, with the arrival of this pandemic, there were multiple assumptions that had a notable impact on the normal execution of contracts, starting with the restrictions on mobility that forced contractual suspensions, the need to incorporate protection elements in the acquisitions personnel and the establishment of biosafety protocols, as a mechanism to guarantee the general interest in the midst of this exceptional situation.

Therefore, from the scope of the execution of the contract, it was necessary to find multiple solutions to prevent these circumstances from affecting the economic equation of the contract, events that currently may have been partially solved,



notwithstanding the foregoing, the future may hold a very high litigation, which must be reached with legal strategies, which are built on the basis of equity, but which can also meet a criterion of efficiency and protection of public assets.

Keywords: Economic balance, contractual equation, COVID-19, unforeseen theory, contractual liability.

1. El equilibrio económico de los contratos estatales

El Estatuto de Contratación de la Administración Pública, en su artículo 27 estableció un principio de contratación aplicable en términos generales a todas las tipologías existentes. Esta disposición señala:

ARTÍCULO 27. DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.



Un análisis detenido de esta disposición, permite entender la ecuación contractual en los siguientes cuatro postulados: i) siempre debe existir una igualdad entre los derechos y obligaciones que nacen de un contrato estatal, al momento de realizar la oferta o al momento de perfeccionar el negocio jurídico; ii) cuando por circunstancias externas al afectado, se rompe el equilibrio económico, bilateralmente y respetando la naturaleza de negocio en donde hay un acuerdo de voluntades, se buscará restablecerlo adoptando contractualmente las medidas a que haya lugar; iii) de esta forma, la cura para este rompimiento del equilibrio económico, será la suscripción de acuerdos y pactos necesarios, para el reconocimiento de gastos adicionales, gastos financieros o intereses; iv) finalmente, en caso de que no exista una solución bilateral, la entidad contratante en todo caso debe adoptar las medidas para reconocer los pagos y costos extra, con la finalidad de mantener este equilibrio económico.

Autores como Zafar (2006), señalan que en la disposición de la ecuación del contrato,

El contratista encuentra una garantía legal de conservación de las condiciones económicas pactadas en el mismo por las partes, de las cuales depende tanto la inversión como las utilidades que éste espera en el desarrollo del acuerdo, de modo que esta disposición contempla el equilibrio económico como el fenómeno por el cual la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar varía como resultado de hechos que no han sido causados por la parte afectada, pero teniendo en cuenta que la aplicación de esta regla solo puede surgir en los contratos conmutativos que tengan algún tiempo de duración (p.99).

En fallos de comienzos de milenio, el Consejo de Estado (2002) conceptualizó el equilibrio económico del contrato, como aquella situación, en la cual el valor económico pactado como retribución por la ejecución y cumplimiento de sus obligaciones, fuera correspondiente, a la contraprestación de su ejecución, es decir, a tanto que yo entrego, tanto que yo recibo, circunstancia que debe analizarse, a la luz de lo señalado en la normatividad, es decir, el equilibrio se forma en el momento en que se



realiza la oferta, dentro del procedimiento administrativo particular de selección del oferente, y en la suscripción del negocio jurídico.

En jurisprudencia más reciente del Alto Tribunal (2015), el mismo explicó el equilibrio económico del contrato, desde la teoría general de los contratos, ligando el mismo al principio de conmutatividad. En un fallo, el Consejo de Estado explicó:

El equilibrio económico del contrato, constituye una regla contenida en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, bajo cuyo tenor, en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, que resulta de la aplicación del principio de conmutatividad, contenido en el contrato y que vincula a las partes; cuando dicha igualdad se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deben adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento. Se predica el desequilibrio económico del contrato en los eventos en que durante la ejecución se presentan circunstancias que afectan gravemente su economía y conducen a que la entidad adopte las medidas pertinentes para tratar de restablecer al contratista a la condición inicialmente pactada, para lo cual deberá verificarse dicha ecuación en cada caso, frente a las obligaciones contenidas en el contrato, ya que sólo puede predicarse el desequilibrio en contratos conmutativos y de tracto sucesivo, y ello, cuando de manera posterior a la celebración del mismo se alteran las condiciones pactadas en su celebración. (S.P.)

Ha sido la misma jurisprudencia del Consejo de Estado la que ha desarrollado la teoría del equilibrio económico del contrato haciendo de los pronunciamientos judiciales, la mejor fuente generadora de derecho en esta temática. El Alto Tribunal (2015) explicó aquellos eventos en los que se puede presentar un rompimiento del equilibrio económico del contrato:

- Por circunstancias imputables o atribuibles a la administración contratante, a partir del uso de las potestades que se generan del mismo negocio jurídico.



- Por circunstancias atribuibles a la administración, derivadas del uso de su imperium.
- Por circunstancias externas y ajenas a ambos contratantes.
- Finalmente, a causas imputables o atribuibles a la administración contratante.

De los eventos previamente señalados, denotamos la presencia de varias teorías ya conocidas y estudiadas por la doctrina administrativa; en primer lugar, estamos hablando del uso de las cláusulas excepcionales al derecho común, contenidas en la Ley 80 de 1993, en segundo lugar, a la teoría del hecho del príncipe, y en tercer lugar, a la teoría de la imprevisión.

Respecto de la primera causal, debe recordarse que dentro del Estatuto de la Contratación Administrativa, se establecieron una serie de mecanismos unilaterales, que pueden ser usados por la administración, con el propósito de asegurar el cumplimiento de los fines inmersos en el contrato. Dentro del listado taxativo de aquellas cláusulas excepcionales, según Rodríguez (2013) encontramos:

- Clausula de interpretación unilateral.
- Cláusula de modificación unilateral.
- Cláusula de terminación unilateral.
- Cláusula de sometimiento a las leyes nacionales.
- Clausula de caducidad.
- Cláusula de reversión.

Entonces, este evento que rompe el equilibrio económico del contrato, puede darse en aquellos eventos de responsabilidad contractual objetiva, en donde la administración, pese a actuar bajo el amparo del ordenamiento jurídico, en una proceder que perfectamente se puede encuadrar en los fines y propósitos del Estado, eventualmente causa un daño, el cual es reparable para aquel contratista que se ve impactado de forma excepcional por este evento.

El Consejo de Estado (2015) tuvo la oportunidad de hablar de este evento, así:



En estos eventos, el desequilibrio de la ecuación económica o financiera se desencadena del ejercicio de un poder exorbitante o una cláusula excepcional al derecho común por parte de la administración contratante. Se trata de aquellos escenarios en los que –en el ejercicio legítimo y lícito– de una cláusula excepcional el contrato termina impactado en su ecuación financiera, circunstancia por la que es imperativo que se reequilibre, toda vez que el contratista no se encuentra compelido u obligado a soportar ese hecho. (S.P.)

El segundo de los eventos presentado, es el relacionado con aquello que la doctrina ha denominado “el hecho del príncipe”. Rodríguez (2013) explicó que esta circunstancia se da cuando el equilibrio económico del contrato se rompe a raíz de la expedición de actos jurídicos, o actuaciones materiales de la administración, quien lo hace no como contratante o parte del negocio jurídico, sino que lo realiza al amparo de su condición de autoridad pública. En estos eventos, el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, resulta más complejo y oneroso, por tanto, el contratista puede solicitar la indemnización en dicho evento.

Entretanto, el Consejo de Estado (2015) explicó que para presentarse la teoría del hecho del príncipe, es necesario lo siguiente:

- Que el acto que sea proferido por la administración, no esté encaminado a modificar un contrato o convenio en particular, ya que en dicho caso estaríamos en presencia de la circunstancia que fue señalada anteriormente.
- Que lo actuado, no se haya dado con apoyo del contrato estatal, sino que se da con la finalidad de que prevalezca el orden jurídico.

De igual manera, el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aclaró que para que sea procedente el reconocimiento del hecho del príncipe como evento de responsabilidad susceptible de ser indemnizado, es necesario que la entidad que sea contratante, sea la misma que ejerza la actividad de “*imperium*”, ya que si no sucede eso, estamos en presencia de la teoría de la imprevisión, que más adelante se desarrollará.



Así mismo, en la jurisprudencia varias veces citada, se aclaró que la indemnización correspondiente a este evento, es plena, es decir, no basta con que la entidad realice el pago de aquellos valores que fueron utilizados por el contratista, sino que además es necesario que se garantice la utilidad esperada, es decir, se indemnice el lucro cesante derivado de la responsabilidad.

El tercer supuesto que fue planteado aquí, es el relativo a la teoría de la imprevisión. Sobre ella, Rodríguez (2013) puntualizó:

Se refiere a la ruptura del equilibrio económico del contrato por situaciones imprevistas, exógenas a las partes y posteriores a la celebración del contrato, que generan una alteración anormal de la economía del mismo, haciéndolo más gravoso. Los eventos generadores de la imprevisión pueden ser de diversa índole, pero se caracterizan por tener una incidencia económica fundamental en la ejecución del contrato, aunque en su origen son independientes del mismo y de la voluntad de los contratantes, como una guerra, una crisis económica, un hecho natural catastrófico, la intervención de una autoridad pública diferente de la contratante por medio de una medida de carácter general, como una devaluación, una congelación de precios, etc. (S.P.)

El Consejo de Estado (2015), en esta valiosa labor de interpretación normativa, ha aclarado que para que sea relevante y se de una imprevisión que sea susceptible de ser reparada, es necesario lo siguiente:

- El contratista no haya podido prever aquella circunstancia que dio lugar al contratiempo en la ejecución del contrato, ello por su naturaleza excepcional.
- Los hechos deben ser ajenos a la voluntad de las partes contratantes, ya que si no es así, se puede presentar un suceso del hecho del príncipe o una responsabilidad de otro tipo.



- Se deben trastornar las condiciones iniciales de cumplimiento del contrato, hasta un punto de gravedad.

Esta última circunstancia es tal vez uno de los eventos que mayores cargas en cuanto a responsabilidad impone al Estado, ya que, como se vio en los anteriores eventos (hechos del príncipe y uso legítimo de cláusulas excepcionales), aquí medio una voluntad de la administración, que aunque soportada como decisión legítima, causó un evento adverso que afectó la ecuación económica del contrato, no obstante, la misma dio origen a un desequilibrio no esperado.

Por la naturaleza de esta circunstancia, es decir, que sea absolutamente ajena tanto al contratista como al contratante, la doctrina y la jurisprudencia han señalado de forma clara y reiterativa que, en estos eventos, la indemnización va hasta el punto de no pérdida, es decir, solo llega al pago de aquellos mayores valores que tuvieron que ser asumidos por el contratista.

En el derecho extranjero, se han hablado de otros eventos no catalogados dentro de el listado que ofreció la jurisprudencia nacional; tal es el evento de lo denominado como las sujeciones materiales imprevistas (Rodríguez, 2013). Este autor describió estos eventos como las dificultades de orden material, que se pueden presentar con relación a la ejecución del contrato. En estos casos, aunque se trata de circunstancias que pudieron ser previsibles por la administración o el contratista, únicamente fueron visibles a las partes, durante la ejecución del contrato. En palabras de este mismo tratadista, uno de los eventos que se relacionan con las sujeciones materiales imprevistas, puede ser el de la inestabilidad de suelos en donde se alzaría una infraestructura, cuando la misma solo fue visible cuando se encontraba en ejecución del contrato.

No obstante, como lo ha sostenido el mismo Rodríguez (2013), la jurisprudencia y la doctrina nacional han preferido dar tratamiento de teoría de la imprevisión, ya que encaja dentro de los supuestos que fueron señalados anteriormente.

Es del caso aclarar que en todos los supuestos que fueron estudiados, uno de los elementos clave, que coincidió siempre, fue el carácter imprevisible de todos los eventos. No es menor ello, ya que como se ha reconocido en los últimos años, para el cumplimiento de los fines y propósitos estatales, es necesario que la entidad pública

contratante, realice todos los estudios y análisis pertinentes, para satisfacer el objeto del contrato, ello enmarcado dentro de la debida planeación contractual.

De esta manera, así como el principio de planeación para la jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha convertido en elemento esencial del contrato estatal y su violación supone una causal autónoma de nulidad del mismo (Consejo de Estado, 2014), en estos eventos, la posible previsión del evento como riesgo, pone en aprietos la concreción de una situación de responsabilidad a cargo del Estado.

Lo anterior es evidente, ya que en la lógica de buena fe, si alguna de las partes tuvo la posibilidad de prever o se percató de esa circunstancia excepcional y no lo manifestó a la otra, bien sea en el evento de la construcción del contrato a través de los pliegos o estudios previos pertinentes, o en el caso de la audiencia de asignación, cuando el contratista tiene la palabra; estamos frente a una situación de deslealtad, que por supuesto, no daría lugar al reconocimiento de responsabilidad alguna.

Entonces, podemos afirmar válidamente que para que se presente un desequilibrio económico del contrato, como evento indemnizable a la luz de la teoría de la responsabilidad contractual, es necesario lo siguiente:

- Que exista un evento (interno o externo a las partes como se vio), que genere una carga mayor en la ejecución del contrato.
- Que la parte que alegue el rompimiento del equilibrio, no sea la causante del mismo.
- Que el rompimiento se de por eventos que sean irresistibles e imprevisibles, y que tengan tanta fuerza como para afectar en su esencia las prestaciones derivadas del negocio jurídico.

Entonces, para continuar con el estudio respectivo, en el según acápite del documento, se analizarán cuales son los mecanismos ordinarios para que se pueda garantizar la ecuación económica del contrato.

2. Instrumentos para garantizar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato:



El contrato estatal como parte del estudio del derecho administrativo, no se aleja de su par en el derecho privado, es más, se trata de una construcción que tiene un origen común ya que no se puede entender esta institución sin previamente conocer la teoría general del negocio jurídico en derecho privado.

Como quiera que uno de los elementos esenciales del negocio jurídico es la voluntad, no podemos apartarnos de que el mismo concepto de contrato estatal es el de acuerdo de voluntades, en donde la administración y un particular, acuerdan un objeto contractual, el cual tiene de especial, el cumplimiento de una finalidad que es catalogada o puede insertarse dentro de lo público.

Teniendo en cuenta estos supuestos, debemos señalar que para el caso del equilibrio económico de los contratos, debemos tener en cuenta esta misma teoría y descripción, ya que al ser un acuerdo de voluntades, por esta misma vía es que deben solucionarse todas aquellas circunstancias que puedan afectar el contrato en cuanto a su economía.

Como se señaló al inicio del capítulo anterior, el artículo 27 de la Ley 80 tuvo una redacción en donde claramente explicó el proceder ante una circunstancia que afectara el equilibrio económico del contrato, sobre esa redacción se construirá el orden del capítulo: i) en primer lugar, son las partes quienes bilateralmente deben buscar restablecer el orden económico del negocio jurídico, no pudiendo hacerlo ellas, ii) es deber de la parte contratante, es decir, del Estado, de asegurar el mantenimiento de la ecuación contractual.

2.1. Modificación bilateral del contrato:

El Estatuto de Contratación de la Administración Pública (1993), respecto de la modificación unilateral de los contratos estatales, señala:

ARTÍCULO 16°.- De la Modificación Unilateral. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones



en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. –

Subrayado propio del texto-

Entonces, aunque el ordenamiento contractual sustancial no indique de manera taxativa un mecanismo bilateral de modificación del contrato, no debe negarse su existencia, por dos motivos fundamentales: i) la redacción de la norma previamente señalada, explica que la modificación unilateral únicamente se dará cuando las partes previamente no llegan a un acuerdo, es decir, abre la puerta a la modificación bilateral en forma tácita; además que ii) por ser en el fondo un negocio jurídico descrito como acuerdo de voluntades, es posible que las mismas partes puedan modificar el contenido obligacional, siempre y cuando por supuesto, no se contraríen disposiciones obligatorias y de orden público, como lo son aquellas relativas con la obligación de seleccionar al contratista de forma objetiva, así como tampoco se sustituya el contrato por otro diferente, a través de la modificación del objeto del contrato (Consejo de Estado, 2018).

La Corte Constitucional (2012) al respecto, sostuvo:

En el caso colombiano, la modificación puede ser fruto de un acuerdo de voluntades o de una decisión unilateral de la entidad contratante en ejercicio de su función de dirección del contrato. En este sentido y en relación con la interpretación del artículo 16 de la ley 80, la Sala de Consulta aseveró:

“Un comentario inicial de este artículo consiste en distinguir entre las situaciones que permiten la modificación del contrato y los procedimientos para hacerlo. Las situaciones son la paralización y la afectación grave del servicio público, y los procedimientos son dos: el común acuerdo, y el acto unilateral si no se obtiene aquel. No existe una reglamentación en la ley para buscar el acuerdo, de manera que las partes pueden convenirlo, bien sea en una cláusula del contrato o cada vez que fuere necesario. Cabe anotar que, a



pesar de su claridad, esta norma generalmente se interpreta y comenta bajo la exclusiva óptica de una potestad excepcional y por lo mismo unilateral, dejando de lado los necesarios análisis de la posibilidad de convenir modificaciones” (S.P.)

De esta forma, el evento más deseado para superar un rompimiento del equilibrio económico del contrato es el mismo acuerdo de voluntades, en donde las mismas partes, sin acudir a mecanismos hetero-compositivos de solución de conflictos, son capaces de solucionar sus controversias, todo gracias a la utilización del dialogo y la concertación, demostraciones puras de lo que es la buena fe contractual.

En estos eventos, las mismas partes con apoyo de las áreas técnicas, especialmente de las supervisiones e interventorías, deben conseguir un acuerdo que por supuesto, se ajuste a la realidad de lo que fue el desequilibrio, ya que si lo hacen en exceso, pueden incurrir en responsabilidad fiscal por detrimento público, o por defecto, en una responsabilidad contractual, ya que no fue realmente restablecido el equilibrio económico contractual.

2.2. Utilización del reajuste de precios:

La Ley 80 de 1993, dentro de su gran plexo normativo, consagró una figura que permite, dentro de los contratos estatales el ajuste y la revisión de precios, puntualmente en el numeral 8 del artículo 4. Este mecanismo, nuevamente hace honor al principio de libertad contractual y a la naturaleza del contrato, ya que permite que las partes del contrato, dentro del mismo puedan establecer una revisión o ajuste de precios, cuando los mismos se han modificado por el plazo del tiempo, algo que es absolutamente normal especialmente en países con tanta volatilidad económica, como el nuestro.

El Consejo de Estado (2014) destacó como el reajuste de precios es una solución, aplicable para contratos de tracto sucesivo o de ejecución diferida, en donde se presente un alza de precios de los elementos que e vayan a utilizar, generando que el contratista asuma



mayores costos a los señalados inicialmente. Aquí, el Alto Tribunal destacó como esta es una herramienta contractual, surgida del mismo acuerdo de voluntades, materializada por ejemplo en fórmulas incorporadas al contrato y que se dan, a raíz de un evento bastante usual y que para este caso puede considerarse casi que predecible: un incremento en los precios de los elementos a adquirir para ejecutar el contrato.

De esta forma, anticipadamente y con el uso de herramientas técnicas y de las ciencias matemáticas, las partes acuerdan la forma de superar estos eventos, con la finalidad de precaver una responsabilidad contractual derivada de un evento externo, como lo es la economía. Es del caso señalar aquí que, si se trata de alzas normales ellas se pueden amparar en esta figura, no obstante, puede presentarse un evento de responsabilidad contractual objetiva, cuando esta figura es ineficiente, ante circunstancias graves no previsibles, como las dadas por el incremento de precios en la emergencia sanitaria derivada de la pandemia de la COVID-19.

2.3. La liquidación bilateral del contrato:

El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, prescribe que en todo los contratos de tracto sucesivo, en aquellos en cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo, en los demás que lo requieran, salvo en los contratos de prestación de servicios (art. 217 del Decreto 019 de 2012), debe hacerse una liquidación del mismo, con la finalidad de realizar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

Entonces, según lo señalado por Expósito (2020), la liquidación de un contrato no es más que un corte de cuentas que se realiza al final de la ejecución del mismo, un balance, que permite a las partes del contrato analizar el devenir contractual, con la finalidad de señalar que fue cumplido e incumplido, así como de plasmar aquello que consideran debe reconocerse para cerrar a paz y salvo el evento contractual.

Este mismo autor (2020) ha destacado que la liquidación de los contratos es un evento sustancial, en tanto involucra la creación de un negocio jurídico

independiente al que dio origen, el cual inclusive puede ser susceptible de ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Además de lo anterior, Expósito (2020) explicó como también puede considerarse que la liquidación es un mecanismo alternativo de solución de controversias, de naturaleza auto-compositiva, en la medida que permite a las partes, sin acudir a un tercero como un juez, poner fin a posibles disputas asociadas a la ejecución del contrato.

Teniendo en cuenta lo anterior, puede decirse que la liquidación es el último evento en donde se puede dar por solucionado un desequilibrio económico del contrato, el cual se pudo presentar durante la ejecución pero que derivó en mayores cargas para el contratista, las cuales pueden reconocerse dentro del acta de liquidación respectiva.

Aunque la liquidación puede ser tanto bilateral, como unilateral y declarada por el Juez, debemos indicar que para los efectos del estudio respectivo, la liquidación bilateral es el mecanismo idóneo para corregir la ecuación del contrato, en tanto permite a las partes, en uso de la autonomía de su voluntad, solucionar el inconveniente económico presentado.

Una vez agotados estos eventos bilaterales y en caso de que no haya un acuerdo entre las partes, recordemos como se indicó al inicio del acápite, que es obligación del Estado, en estos eventos asegurar el equilibrio económico, lo que puede lograr con la **modificación unilateral**.

La misma disposición que regula la modificación unilateral, que fue parcialmente transcrito anteriormente permite que, las entidades públicas contratantes, durante la ejecución del contrato y con la finalidad de evitar la paralización de la obra o la afectación grave del servicio público, pueden realizar modificaciones al contrato inicialmente pactado, pero como se vio siempre y cuando, previamente se haya intentado llegar a un acuerdo con el contratista.

De acuerdo con esta disposición, si la modificación es superior al veinte (20%) del contrato, el contratista puede renunciar a su ejecución, dando por terminado excepcionalmente el contrato.

Entonces, en este evento la modificación unilateral es el último mecanismo para dar solución a la problemática propuesta, en torno al rompimiento del equilibrio económico del contrato, ya que aquí el Estado, sin tomar en cuenta ya el consentimiento del contratista, puede modificar unilateralmente el contrato, y en este caso, lo procedente será en este evento, reconocer económicamente esas obras adicionales, trabajos o suministros que son necesarios y ayudan a mantener la obra y el equilibrio económico.

Habiendo desarrollado la temática general, se procederá a analizar lo sucedido en el marco de la pandemia.

3. Rompimiento del equilibrio económico del contrato en época de COVID-19.

Para el caso de nuestro país, como se vio desde el inicio de la emergencia sanitaria, jurídicamente fue necesario la expedición de varias normas jurídicas que pretendieron conjurar la situación que se vivía en el país.

Antes de iniciar con este análisis jurídico, debemos analizar en primer lugar, en que contexto se dio la emergencia sanitaria, con la finalidad de determinar si se ajusta a alguno de los eventos que fueron analizados como eventos de rompimiento del equilibrio económico del contrato.

Sea lo primero explicar que, la pandemia de la COVID-19 se presentó como una circunstancia extraordinaria y excepcional, ya que desde el momento en que se conocieron los primeros casos, en diciembre de 2019 en China y hasta la llegada del primer caso a nuestro país en marzo, solo habían transcurrido algo más de dos meses. De igual manera, así como fue reconocido por todas las autoridades del mundo, se trata de un evento de naturaleza biológica que tomó por sorpresa, ya que no se tenía conocimiento del mismo y se tardó tiempo en reconocerlo, identificarlo y secuenciar el virus que causaba este mal, denominado SARS-COV-2.

Basta con mencionar estos eventos para considerar *a priori* que la pandemia es un evento extraordinario, general, imprevisible, irresistible que afectó



no solo a nuestro país, sino al mundo. De igual manera, el mismo no tiene una responsabilidad hasta el momento clara, ya que se trata de un suceso biológico derivado de la misma naturaleza de los virus.

De esta forma, a primera vista puede indicarse que la pandemia, es un evento que puede categorizarse dentro de lo que es la **teoría de la imprevisión**, ya que su causa fue externa a las partes del contrato, fue **irresistible y absolutamente imprevisible**, en tanto generó una situación de pánico mundial y local que obligó a tomar decisiones de índole administrativo, de carácter urgente.

Para el caso Colombiano y con la finalidad de determinar el objeto de estudio propuesto, se van a marcar varios hitos que, desde la óptica jurídica, pueden marcar pautas para determinar finalmente si estamos frente a una teoría de la imprevisión y, a la luz de lo señalado en los anteriores acápites, analizar cuales son las mejores vías para el restablecimiento económico del contrato:

- **Decreto 417 de 2020**, por medio del cual se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional de Colombia. A través de esta norma, se utilizó el mecanismo constitucional, por medio del cual, el Gobierno Nacional en estricto sentido, ostenta facultades legislativas excepcionales, por medio de las cuales puede ayudar a conjurar la situación sanitaria derivada del COVID-19.
- **Decreto 457 de 2020**, por medio del cual se impartieron instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público; norma jurídica que tuvo especial relevancia en la emergencia sanitaria, teniendo en cuenta que a través de ella se impuso un aislamiento preventivo obligatorio en todo el territorio nacional, que conllevó a la limitación en el tránsito de personas, afectando todo tipo de actividades económicas.
- **Resolución 666 del 24 de abril de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social**, a través del cual se adoptó el primer



protocolo general de bioseguridad, para mitigar, controlar y realizar el adecuado manejo de la pandemia del Coronavirus COVID-19; allí se establecieron las primeras acciones urgentes y obligatorias para el manejo de esta pandemia, tales como el uso de elementos de protección personal, como tapabocas, uso de desinfectantes, entre otros.

Pues bien, hecho este primer recuento de las medidas generales que fueron adoptadas por el Gobierno Colombiano, a manera simplemente enunciativa, se pudieron desencadenar los siguientes eventos que generaron o pudieron generar una afectación sobre el normal desarrollo de actividades dentro de contratos estatales:

- Suspensión en la ejecución de los mismos, ante la imposibilidad de tránsito de quienes, como colaboradores, iban a prestar los servicios relacionados a contratos de obra, suministro, entre otros.
- Suspensión en el suministro de bienes y servicios que eran necesarios para la ejecución de contratos estatales, especialmente los de obra.
- Imposibilidad para la adquisición de ciertos bienes y servicios necesarios para la ejecución de contratos estatales.
- Incremento excesivo en los precios de algunos bienes y servicios que son absolutamente necesarios para la ejecución de contratos estatales.
- Disminución en la capacidad de obra o ejecución de contratos, debido a los controles de aforo que fueron señalados por el Gobierno Nacional, en ciertos campos.
- Necesidad de implementar el protocolo general de bioseguridad o los protocolos especiales, dependiendo del tipo de servicios que se preste, aumentando los costos asociados al funcionamiento.

Además de las medidas generales que fueron señaladas anteriormente, también se presentaron eventos económicos adversos asociados a la



pandemia, tales como el incremento del valor de monedas extranjeras, así como la suspensión en importaciones de bienes y servicios de diversa calidad.

Es claro, que a la luz de los eventos previamente señalados, se presentaron circunstancias que afectaron la economía normal de muchos de los contratos estatales que fueron suscritos en su momento en nuestro país, ello causó parálisis de obras, sobrecostos, mayores estancias en obra, entre otros eventos, que sin duda generaron una afectación para los contratistas.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible señalar que sin lugar a dudas, los eventos derivados de la pandemia de COVID-19, generaron unas circunstancias que a su vez se convierten en hechos externos que rompen el equilibrio económico de los contratos estatales, pudiendo catalogarse dentro de lo que se denomina la **teoría de la imprevisión**, pudiendo ser ellos indemnizados a punto de no pérdida, tal y como fue señalado anteriormente.

Ahora bien, en este punto hay que hacer una claridad y es que, no en todos los casos se puede predicar que hay un rompimiento del equilibrio económico del contrato, ya que por ejemplo, en aquellos eventos en que se trate de contratos de prestación de servicios, los mismos se pudieron adecuar a la circunstancia de prestación remota, a través del uso de nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, con apoyo de las normas sustanciales que fueron expedidas por el Gobierno Nacional, especialmente el Decreto Legislativo 491 de 2020, que permitió la prestación digital de servicios a cargo de entidades públicas.

Otro evento que no se puede catalogar como susceptible de causar el rompimiento del equilibrio económico de los contratos estatales, fue para aquellos contratos que fueron celebrados con posterioridad al levantamiento del aislamiento preventivo obligatorio y cuando ya existía certeza de ciertas medidas sanitarias obligatorias, aquí, era cuestión de que el contratista como la entidad pública, planearan dentro de sus riesgos, eventos asociados a estas circunstancias.

Lo anterior es lógico en la medida que el equilibrio económico del contrato, como evento de tipo económico, tiene su punto de referencia en la presentación de la oferta o la suscripción del contrato, momentos en los que ya se conocía y



se tenía certeza, así fuere parcial, de las medidas sanitarias que era necesario adoptar por la circunstancia de pandemia.

En cuanto a las medidas a adoptar, se debe realizar una precisión que ha sido bastante desarrollada en el presente texto: al ser un contrato, un acuerdo de voluntades entre el estado y su colaborador, se debe siempre buscar una solución pacífica entre ellas, mediante los mecanismos bilaterales que han sido dispuestos por el ordenamiento jurídico.

De esta forma, por eventos, la mejor solución para mantener el equilibrio económico del contrato y sobre todo, precaver litigios de responsabilidad contractual, se puede plantear lo siguiente:

- En aquellos contratos que se encuentren actualmente en ejecución, las partes del contrato pueden reconocer contractualmente y de común acuerdo, aquellos imprevistos económicos presentados, y proceder a su pago, respetando las normas de orden público y garantizando los principios de transparencia y selección objetiva.

- En aquellos contratos que ya no se encuentren en ejecución y que estén pendientes de ser ejecutados, la liquidación bilateral puede ser la oportunidad para que se reconozcan y paguen mayores costos asociados a los eventos de pandemia, que como vimos, pueden constituir eventos de imprevisión susceptibles de ser reconocidos como rompimientos del equilibrio económico del contrato.

- Finalmente, para aquellos contratos que se encuentren en etapa de planeación, las entidades contratantes deben procurar incluir mecanismos como la revisión de precios y la asignación de riesgos, con la finalidad de precaver eventos de rompimiento del equilibrio económico del contrato.

Antes de finalizar esta investigación, es también del caso aclarar que cada caso particular, debe ser analizado en su detalle, solo de esta manera se puede concretar un estudio



responsable y objetivo para determinar si es procedente concluir que estamos frente al rompimiento del equilibrio económico del contrato, o un simple evento de riesgo normal, asociado a la ejecución de una actividad económica.

4. Conclusiones

- El rompimiento del equilibrio económico del contrato estatal, es una circunstancia indemnizable a la luz de la teoría de la responsabilidad contractual, siempre y cuando sea externa a las partes, quien la alegue no sea causante del desequilibrio y los eventos deben ser irresistibles e imprevisibles.

- Para garantizar el equilibrio económico del contrato estatal en eventos donde se pueda afectar el mismo, se puede acudir a la modificación bilateral del contrato, al reajuste de precios y a la liquidación bilateral del contrato, si el mismo ya terminó su ejecución.

- La pandemia derivada de la COVID-19 puede catalogarse como un evento que afecta el equilibrio económico del contrato, siempre y cuando se genere una afectación sobre las condiciones financieras que, fueron pactadas al inicio del negocio jurídico.

- En aquellos casos en los que se advierta un rompimiento de la ecuación del contrato y el mismo esté en ejecución, las partes pueden pactar la modificación bilateral del contrato, respetando los principios de transparencia y selección objetiva.

- En aquellos eventos en los que se dio un rompimiento del equilibrio económico del contrato y el negocio ya se haya ejecutado, las partes pueden volver a reestablecerlo en la liquidación bilateral.

- Finalmente, las entidades estatales en virtud del principio de planeación, durante la etapa pre contractual, están obligadas a evaluar las condiciones futuras del negocio y pactar, cláusulas como la de la revisión de precios, con la finalidad de dotar al contrato de los mecanismos para asegurar su equilibrio.



BIBLIOGRAFÍA

- Congreso de la República de Colombia. (28 de octubre de 1993). *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. [Ley 80 de 1993]. D.O: 41.094
- Presidencia de la República (17 de marzo de 2020). *Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio Nacional*. [Decreto 417 de 2020].
- Presidencia de la República (22 de marzo de 2020). *Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la Pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público*. [Decreto 457 de 2020]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (25 de abril de 2012). *Sentencia C-300 de 2012*. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (7 de marzo de 2002). *Sentencia exp. 52001-23-31-000-1998-0340-01(21588)*. C.P. Alier Hernández Enriquez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (6 de julio de 2015). *Sentencia exp. 25000232600019980242201(32428)*. C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (6 de mayo de 2015). *Sentencia exp. : 05001-23-31-000-1995-00271-01(31837)*. C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (7 de septiembre de 2018). *Sentencia exp. 5001233100020020356301 (39143)*.



Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (20 de octubre de 2014). *Sentencia exp. 66001233100019990043501*. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. (27 de marzo de 2014). *Sentencia exp. 25000-23-26-000-1998-03066-01(20912)*. C.P. Danilo Rojas Betancourt.

Ministerio de Salud (24 de abril de 2020). *Por medio de la cual se adopta se adopta el protocolo general de bioseguridad para mitigar, controlar y realizar el adecuado manejo de pandemia del Coronavirus COVID-19*. [Resolución 666 de 2020]

Expósito, J.C. (2020). La liquidación de los contratos estatales en el marco de la unificación jurisprudencial del Consejo de Estado. En J.C. Expósito (Ed.) *Fallos referentes en contratación estatal*.(p. 425-462). Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez, L. (2013). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Editorial Temis.

Zafar, M. (2006). *Impacto cumulativo y equilibrio económico del contrato*. Universidad Externado de Colombia.

Zapata, P. (2019). *Fundamentos y límites de la Responsabilidad del Estado*. Universidad Externado de Colombia.