

El equilibrio económico de los contratos estatales a la luz de la pandemia producto del Covid- 19 según las teorías del ius variandi y la teoría de la imprevisión.¹

The economic balance of public procurement in light of the covid-19 pandemic: a study based on the theories of ius variandi and the theory of un foreseeability.

**Por: Corina Duque Ayala
y Pablo Nicolás Castillo Pico²**

Resumen: La presente investigación, tiene por objeto determinar las causales que generan desequilibrio económico del contrato estatal y analizar si además de la Teoría de la Imprevisión, procedería la Teoría del Ius Variandi para adecuarla a la pandemia producto del Covid-19. Para ello se analizarán las respuestas de derecho de petición realizadas a varias entidades estatales con el fin de verificar las causales utilizadas por alteración al equilibrio contractual y se expondrán los argumentos por los cuales la administración está obligada a realizar medidas pertinentes para mitigar eventuales reclamos de desequilibrio económico afectados por la crisis del COVID-19.

Palabras clave: Equilibrio económico del contrato, Ius variandi, Teoría de la imprevisión, COVID- 19.

Abstract: The purpose of this research is to determine the causes that generate economic imbalance in the public procurement and to analyze whether, in addition to the Theory of Unforeseeability, the Theory of Ius Variandi would be applicable in order to adapt it to the pandemic resulting from Covid-19. To this end, the responses to the right of petition made to various state entities will be analyzed in order to verify the grounds used for alteration to the contractual equilibrium and the arguments will be set out by which the administration is obliged to take appropriate measures to mitigate possible claims of economic imbalance affected by the COVID-19 crisis.

Key Words: Economic equilibrium of the contract, Ius variandi, Theory of unforeseeability, COVID- 19.

¹ El presente artículo de investigación es producto del proyecto de investigación “El Equilibrio económico de los contratos Estatales a la luz de la Pandemia producto del COVID- 19 según las teorías del Ius Variandi y/o Teoría de la Imprevisión” realizado en la facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás.

² Autores: Doctora en Derecho Público de la Universidad de Burdeos Francia, Magister en Derecho económico de la Universidad de Orléans Francia. http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000790290, <https://scholar.google.com/citations?user=iGcnOmMAAAJ&hl=es&oi=ao>, <https://orcid.org/0000-0003-1922-0647> email: corinadunque@gmail.com.

Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás., y Candidato a Magister en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás Sede Doctor Angélico Bogotá D.C., <https://n9.cl/as3bv9>, <https://n9.cl/os326> y <https://n9.cl/x2epu>, pablocastillo@usantotomas.edu.co y pacnout417@gmail.com.

Introducción:

El SARS-CoV2 causante de la enfermedad COVID-19, es un virus declarado como emergencia de salud pública (Mitchell, 2020) de importancia internacional que ha cambiado los hábitos de vida de las personas llevando a que se aplicaran unas medidas de autocuidado, distanciamiento social, aislamiento, impedimento del contagio persona a persona y haciendo uso de unos elementos de bioseguridad, con el fin de mitigar, prevenir y controlar la propagación de la enfermedad.

El Gobierno nacional expidió el (Decreto Ley 417, 2020), que declaró el Estado de Excepción de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. En materia de contratación estatal, el (Decreto Ley 537, 2020) sustrajo reformas para el manejo de la administración en mitigar los efectos de la pandemia. Ahora bien, aquellos contratos públicos que previamente al acontecimiento de la crisis sanitaria se encontraban en la etapa de ejecución, debieron realizar el respectivo adecuo por la circunstancia sobreviniente del COVID-19. En ese sentido, se puede contemplar como efecto nocivo en los contratos el rompimiento del equilibrio económico por la circunstancia exógena del COVID-19 y la excesiva onerosidad que le genere a una de las partes. En especial se quiere subrayar el detrimento que pudo tener el contratista de su patrimonio producto de las consecuencias tales como: cuarentenas, el alza del dólar, los sobrecostos de los productos, manos de obra, materia prima, movilidad entre otros que puede acarrear el virus y las medidas nocivas que llegasen a ocurrir. La (Ley 80, 1993) ha contemplado la institución de la Teoría de la Imprevisión. Hace referencia en que por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean inmutables a los contratistas, que les conlleven a una excesiva onerosidad, tendrán derecho a recibir oportunamente el restablecimiento de la ecuación económica del contrato hasta el punto de no pérdida. Ahora bien, se pueden presentar eventos en los cuales, se configure la Teoría del Ius Variandi que es una causal que desarrolla la afectación al equilibrio contractual frente al COVID-19, por cuanto, hace referencia a los actos administrativos de carácter particular por parte de la administración denominados cláusulas excepcionales, que producen una alteración de forma anormal y gravosa tanto en la economía del contrato como en la ejecución para alguna de las partes, generando un desequilibrio económico al mismo. Por lo cual, se deberá restablecer el equilibrio contractual mediante la indemnización integral que conlleva al reparo de tanto la disminución patrimonial que se ocasione como a la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista. Igualmente, se analizó las medidas realizadas por la administración,

para mitigar (en sede administrativa), el impacto de la crisis sanitaria y la envergadura que generó; con la finalidad en no tener que acudir a instancias judiciales con fundamento en el principio de eficacia de la función administrativa.

Para garantizar el equilibrio económico del contrato, en tiempos de pandemia producto del Covid-19 ,el problema jurídico consiste en manifestar si **¿Procede la aplicación de la Teoría del Ius Variandi para exigir a la administración una alteración al principio del equilibrio contractual y si bajo el principio de eficacia de la función administrativa, las entidades estatales deberán reglamentar los procedimientos ante eventuales reclamaciones por desequilibrio económico del contrato con ocasión al COVID-19?**

En la presente investigación, se pretende establecer que la administración, haciendo uso de las potestades contractuales u órdenes, alteren o varíen el contrato, ya sea, suprimiendo o adicionando: obras, trabajos, suministros o servicios; produciendo que la ejecución sea más gravosa lo cual constituye una alea extraordinaria con posterioridad a la celebración del contrato, y por la cual se deba reparar al contratista según corresponda. Es por eso, que se espera que el Estado entienda las dificultades de la pandemia y sus acciones para afrontarla en la medida que negocien y lleguen a un acuerdo con el contratista con el fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa.

En virtud de lo anterior, mediante el método descriptivo, se procedió a realizar la recolección de información que describe ciertos contratos que han tenido conflictos en la ejecución del contrato por la crisis sanitaria del COVID-19. A través de las respuestas de cinco (5) derechos de petición, se requirió sobre las siguientes peticiones: solicitudes por parte de contratistas de posibles afectaciones al equilibrio económico del contrato, instrumentos jurídicos utilizados que fundamenten los requerimientos: (Teoría de la Imprevisión, Ius Variandi, Riesgos previsibles, Incumplimiento del contrato o Hecho del Príncipe), si las entidades reglamentaron, de manera oficiosa, lineamientos ante eventuales solicitudes por restablecimientos al equilibrio contractual en favor del contratista. Las entidades estatales consultadas fueron cuatro (4) de Bogotá D.C.: **La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá** (en adelante **Acueducto de Bogotá**), **Transmilenio s.a.** (en adelante **Transmilenio**), **la Secretaría Distrital de Tránsito Bogotá** (en adelante **Secretránsito**), y el **Instituto de Desarrollo Urbano** (en adelante **IDU**).

Por último, en la presente investigación (i) se sustentarán las causales de la Teoría de la Imprevisión y la Teoría del Ius variandi y sus formalidades en relación con la jurisprudencia del

Consejo de Estado. Asimismo, **(ii)** se indicarán las sentencias en materia constitucional y de lo contencioso administrativo que han plasmado el régimen de la responsabilidad contractual por parte del Estado a partir que por sus acciones u omisiones causen daños antijurídicos que amparen los derechos a los contratistas. Igualmente, **(iii)** se evaluarán las respuestas de los derechos de petición de las entidades públicas referentes a las causales de desequilibrio económico utilizadas bajo los efectos de la pandemia producto del COVID-19. Por otro lado, partiendo de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en marco de la aplicación del principio de eficacia de la función administrativa y los principios de la contratación pública, **(iv)** se explicará cómo debería la administración garantizar, en sede administrativa, que los conflictos producidos con ocasión a la pandemia derivada del COVID-19 se logren dirimir sin tener que acudir a instancias judiciales a través del arreglo directo de las partes, tribunales de arbitramento o amigable composición en el contrato estatal. Bajo esta premisa, **(v)** se expondrá que las entidades estatales tendrían que reglamentar los procedimientos ante casos de posibles alteraciones al equilibrio contractual donde los contratistas puedan solicitar las reclamaciones que arguyen.

PRIMERA PARTE:

Teoría de la Imprevisión, Teoría del Ius Variandi y el Principio de Eficacia de la función administrativa:

1.1) Teoría de la Imprevisión:

En virtud de la (Ley 80, 1993, Art. 5), numeral primero³ instaura la obligación por parte de la entidad contratante de restaurar el equilibrio económico del contrato por la ocurrencia de circunstancias imprevisibles que no sean achacables al contratista en materia de contratación estatal. Dicho reconocimiento procederá hasta el punto de no pérdida.

³ (Ley 80, 1993, Art. 5), num. 1. “*DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:*

1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia, tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.”

Ahora bien, el artículo (Ley 80, 1993, Art. 27)⁴ señala que en los acuerdos estatales se deberá preservar el equilibrio entre derechos y obligaciones emergidos desde la etapa para contratar. En dado caso que la equivalencia se menoscabe a situaciones no atribuibles a la parte que resulte afectada, los contratantes acogerán las medidas requeridas para su restitución. Según el (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 55.855) en los casos de restablecimiento a la equivalencia económica no solo se salvaguarda el interés particular del contratista, sino además se garantiza el interés general para poder cumplir la ejecución del acuerdo estatal. Por lo tanto, es indispensable demostrar la evidencia y de que esta es grave y que no se derive de un riesgo inherente de la actividad que tenga que ser ejercido por una de las partes contractuales a efectos de obtener el restablecimiento. Continúa (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 52.666) en relación con el principio de Buena fe contractual, indicando que si las partes, cuando se alcanzan convenios como suspensiones, extensiones o prórrogas del plazo del contrato, adiciones contractuales, otrosíes, etc., en el periodo de firmar los pactos debido a dichas situaciones es necesario que presenten las salvedades por las circunstancias imprevistas, sobrevinientes e inimputables a ninguna de las partes. Por lo anterior si se presenta reclamaciones extemporáneas serán inobservadas y sin éxito por contravenir el principio de la buena fe en el contrato.

(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 37.910) manifestó que la Teoría de la Imprevisión se presenta, posterior a la suscripción del convenio, por una situación ajena a los contratantes que vulnere de manera grave la ecuación del contrato. Tal circunstancia imprevista no fuera razonablemente previsible para las partes y que entorpezca la ejecución del contrato, pero tenga la posibilidad de su continuación.

En este punto cabe señalar las características de la Teoría de la imprevisión las cuales son:

⁴ (Ley 80, 1993, Art. 27). “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.”

- La alteración del equilibrio económico del contrato “se da por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación”
- La naturaleza imprevisible del acontecimiento
- La ruptura conlleve a ser extraordinaria y que sea anormal del equilibrio financiero del convenio
- Menoscabo surgido de una excesiva onerosidad en contra del contratista y la continuación de la ejecución del acuerdo por parte del mismo. (Gómez & Universidad Santo Tomás, 2020)

Para (Rodríguez & Santos, 2021) para hacer efectivo el principio a través de Instrumentos jurídicos como por ejemplo, la revisión o reajuste de precios, las cláusulas de estabilización, las cláusulas de renegociación o de adaptación, las cláusulas de garantía de ingresos, mecanismos de solución directa de conflictos ya sea por transacción o conciliación y la opción de recurrir ante el juez para que declare el desequilibrio económico y condene al contratista a pagar la indemnización correspondiente o revise el convenio para adaptar las obligaciones a la situación real.

Frente a los efectos de la pandemia producto del COVID- 19, para (Orozco & Universidad Santo Tomás, 2022) indica que las condiciones resultantes de la pandemia del COVID-19, rompieron el equilibrio financiero de los contratos públicos que se encontraban en ejecución, por lo cual se cataloga la Teoría de la imprevisión, con el fin que los contratistas puedan ser indemnizados hasta el punto de no pérdida. Según (Orozco & Universidad Santo Tomás, 2022), se presentaron situaciones que menoscabaron la economía normal de los contratos como, por ejemplo: parálisis de obras, sobrecostos y mayores estancias de obras.

Por este hecho exógeno a las partes se podría presentar un rompimiento al equilibrio económico de los contratos estatales y una excesiva onerosidad como consecuencia de la pandemia del COVID-19 y las medidas para mitigar el impacto, efectuando un menoscabo hasta el punto de pérdida.

Finalmente, (Estupiñan & Universidad Santo Tomás, 2022) mencionó que los contratantes pueden acudir a la revisión del contrato por posibles menoscabos en atención a la pandemia del

COVID-19, con el objetivo de establecer un límite práctico para la continuación de una revisión judicial. Por lo que sugiere el autor que la administración utilice la modificación unilateral para garantizar la adecuada ejecución del contrato. Cabe señalar, que en la presente investigación tiene como propósito indicar que justamente con la utilización de la modificación unilateral por la entidad contratante, se puede presentar un rompimiento al equilibrio económico con ocasión a los efectos negativos de la crisis sanitaria.

Con Base en lo anterior, es preciso señalar que se concuerda con los autores la procedencia del COVID-19 en adecuarlo a la Teoría de la Imprevisión. Siempre y cuando no se mire de manera general que todos los contratos con anterioridad a la pandemia sean afectados y deban ser reparados por el rompimiento del equilibrio contractual, sino que con base en las circunstancias y en cada caso en particular, se cumplan los requisitos para que opere la Teoría de la imprevisión para aquellos contratos que por sobrecostos, mano de obra, el alza del dólar etc; les generó un menoscabo al equilibrio económico del cual debe ser reparado por parte de la administración hasta el punto de no pérdida.

1.2) La Teoría del IUS VARIANDI (Régimen de la responsabilidad contractual en materia constitucional y contencioso administrativo): El régimen de responsabilidad contractual por parte del Estado se encuentra establecido en la (Ley 80, 1993, Art. 4) numerales 8 y 9,⁵ (Ley 80, 1993, Art. 5) numeral 19⁶ y (Ley 80, 1993, Art. 50).⁷ En donde se establece al

⁵ (Ley 80, 1993, Art. 4), num. 8. “Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: (...) Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.”

(Ley 80, 1993, Art. 4), num. 9. “Actuarán de tal modo que, por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.”

⁶ (Ley 80, 1993, Art. 5), num. 19. “Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas: Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia, tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.”

⁷ (Ley 80, 1993, Art. 50). “Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar

incumplimiento, como causal de alteración económica del contrato. Debido a que en el caso en que la administración por su acción u omisión le genere una imputación, esta está obligada a implementar las medidas indispensables para su restitución. En los eventos donde haya incumplimiento se restaurará la ecuación desde el momento del nacimiento del contrato.

Con relación al *Ius variandi*, es una causal que se concierne a la facultad que tiene la administración de alterar el equilibrio contractual, afectando la economía del acuerdo y aumentando la carga para uno de los contratantes durante la ejecución mediante el manejo de cláusulas excepcionales unilaterales por parte de la entidad contratante. La normativa de contratación de la administración pública, en su disposición 14,⁸ indica en que, con la utilización de cualquiera de las potestades excepcionales, se pretenda evitar paralización grave del servicio, se pueda: interpretar las estipulaciones contractuales, terminar unilateralmente el contrato o introducir modificaciones. Sigue el artículo, en el inciso segundo del numeral primero, manifestando la posibilidad en que se podría menoscabar el equilibrio económico del contrato, por medio del uso de cláusulas excepcionales, siempre que se cumplan con todos los elementos que haya lugar. La (Ley 80, 1993, Art. 14) en el inciso 2 numeral 1 establece lo siguiente:

“En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.”

la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.”

⁸ (Ley 80, 1993, Art. 14). *“Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato.*

En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.”

En concordancia con (Rojas & Universidad Santo Tomás, 2017) las entidades contratantes tienen la facultad legítima de poder modificar las condiciones del contrato. No obstante, la administración no puede utilizar la modificación unilateral de manera arbitraria en tanto que infringiría los derechos de la parte afectada que daría lugar al causarle al contratista un desmedro patrimonial. Continua (Burbano Benavides & Universidad Santo Tomás, 2020) para que haya alteración al equilibrio económico, es muy importante que el riesgo financiero sea grave que amenace con obstaculizar el acuerdo legal o menoscabar el patrimonio del contratista.

Para (Rodríguez Rodríguez, 2017) los requisitos para que proceda la potestas variandi son las siguientes:

1. El evento genere un cambio en las circunstancias del contrato, dado en ejercicio de la potestad contractual por parte de la Entidad del Estado.
2. El acto se presente con posterioridad a su celebración.
3. El contenido del acto que cambie las condiciones convenidas represente un alea extraordinario.
4. El acto administrativo debe menoscabar el contrato en su economía.

Ahora bien, se puede establecer, hipotéticamente, casos en los cuales, para prevenir la paralización del servicio de manera gravosa, la administración, en uso de sus cláusulas exorbitantes,⁹ mediante la modificación unilateral, varíe o altere las condiciones del contrato y obligue a realizar o bien suprimir o adicionar: obras, suministros o servicios, acarreado al contratista un daño por ese Acto Administrativo. Incluso la entidad estatal, sin el cumplimiento de la finalidad dicha anteriormente y de manera discrecional, ordena al contratista ejecutar las mismas

⁹ (Ley 80, 1993, Art. 14). “Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial (...).”

labores, generando un enriquecimiento sin causa. Por tal razón, la presente investigación se centrará en la modificación unilateral,¹⁰ que es aquella causal que utiliza la administración para variar las condiciones del contrato, de manera que, adicione o suprima: Obras, Trabajos, servicios o suministros; conllevando en algunos eventos, al menoscabo del equilibrio contractual. En ese sentido, si llegare a suceder la alteración económica al contrato se deberá restaurar mediante la indemnización integral que acarrea tanto el daño emergente como el lucro cesante.

En relación con las sentencias (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 5951), (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P.21429) y (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, P. 52161) del Consejo de Estado ha dicho que la modificación que realizará la administración deberá mantener la esencia del contrato acordado ya que una alteración extremista supondría un contrato distinto no consentida por la parte afectada. El máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha indicado que, para el reconocimiento del rompimiento al equilibrio financiero del acuerdo del Estado, está el de evidenciar que configura la detrimento grave, real y anormal de la economía del contrato.

En materia constitucional, de conformidad con la sentencia, (Corte Constitucional de Colombia, C-644 de 2011), se sustenta el precedente que menciona la protección completa patrimonio de las personas para mencionar los requisitos de la responsabilidad contractual que son: daño antijurídico, acción u omisión por parte del Estado y nexo causal entre los dos. Asimismo, la Corte Constitucional obliga a suscitar la igualdad de los particulares ante las cargas públicas y de salvaguardar la propiedad privada y los demás derechos adquiridos de conformidad con el Derecho civil o privado.

¹⁰ (Ley 80, 1993, Art. 16). *“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.*

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.”

Según (Torres, 2019) cuando la entidad contratante por medio de un acto administrativo que modifica el contrato, siguiendo los requisitos sustanciales y procesales durante su ejecución y por causa de su aplicación altera la equivalencia económica y financiera, es decir, se varían las condiciones económicas inicialmente pactadas de forma grave, es que se puede hablar de un rompimiento del equilibrio económico y financiero por el uso debido de una potestad excepcional, caso en cual la parte afectada, generalmente el contratista podrá solicitar el restablecimiento de acuerdo a las alteraciones económicas causadas. Para (Tamayo, 2022) hay responsabilidad de la administración, pues aquí la entidad del Estado que es contratante es responsable directa del evento que desequilibra económicamente el contrato, que lo crea por bienestar común y, en consecuencia, se le exige indemnizar integralmente al contratista.

Partiendo del problema jurídico, donde se indica la procedencia de la Teoría de la Imprevisión en materia de la Pandemia producto del Covid-19, también se pretende adecuar a la Teoría del Ius Variandi en aquellas situaciones donde la administración utilice la potestad de la modificación unilateral como causante de desequilibrio económico del contrato estatal frente al COVID-19. La idea, primordial es establecer que previo al cumplimiento de todos los requisitos que ostenta el Ius variandi en la modalidad de modificación unilateral, el contratista pueda solicitar en aquellos casos donde se evidencia el menoscabo al equilibrio contractual no solo el reconocimiento al punto de no pérdida sino también a las utilidades que por derecho tenga cuando se acarreé la responsabilidad contractual a raíz de la pandemia causada por el COVID-19.

1.3) Principio de Eficacia de la función Administrativa:

La Constitución Política en el artículo 209¹¹ establece los principios de la función administrativa. Entre ellos se destaca el principio de eficacia de la función administrativa. Este principio está definido en el numeral 11 de la (Ley 1437, 2011, Art. 3),¹² donde menciona que la

¹¹ (Constit. 1991, Art. 209). “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 funciones.”

¹² (Ley 1437, 2011, Art. 3), num, 11. “Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. (...) 11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos

administración deberá remover eludir barreras exclusivamente formales y resolver las deficiencias que se presenten para lograr que los trámites cumplan su propósito y procurar el derecho material base de la gestión de la administración.

En esta parte del artículo de investigación, se pretende explicar que la medida consistente en que las entidades estatales, de manera oficiosa, debieron reglamentar los procedimientos de reclamaciones ante posibles desequilibrios por los efectos nocivos de la pandemia del COVID-19; esta medida es totalmente necesaria, idónea y proporcional en virtud del principio de eficacia de la función administrativa. Toda vez, que los contratistas pueden hacer valer sus derechos cuando consideren que se les acarrearía la vulneración del equilibrio económico del contrato y la entidad estatal, atendiendo el protocolo realizado, pueda analizar las razones para llegar a un acuerdo directo con el contratista sin que sea el juez contencioso administrativo el que dirima los conflictos surgidos por la crisis de la pandemia.

Para (Camacho, 2013) citando a la Corte Constitucional (Corte Constitucional, sentencia T-500, 1994) menciona el deber de la Administración de aplicar el principio de eficacia para evitar circunstancias donde se presenten controversias, no se tenga que llegar a sedes judiciales, sino que se realicen las medidas que logren solucionar los litigios que haya lugar. Continua, (Camacho, 2013) citando a la (Ley 80, 1993, Art. 4) en el numeral 8, donde establece la coincidencia entre la sentencia constitucional y el mandato legal en cuanto a que las autoridades deben tomar medidas para preservar los aspectos financieros, económicos y técnicos durante el desarrollo y la ejecución del contrato, al momento de suscribir el convenio contractual, lo cual la administración deberá realizar las adaptaciones que tengan en cuenta en la revisión de precios particular.

Con esta medida de reglamentación de procedimientos frente al COVID-19, se lograría no solo cumplir el mandato de optimización de la eficacia de la función administrativa sino también los fines esenciales de la entidad contratante y evitar tener que llegar a instancias judiciales y que

puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.”

sea el juez administrativo contencioso, el que tenga que dirimir conflictos que se presenten por circunstancias derivadas de la pandemia del COVID-19.

PARTE II: Covid 19: Análisis del Trabajo de Campo.

2.1) Instrumentos jurídicos utilizados por los contratistas en sus requerimientos.

En el contexto en que los contratos estatales que se encontraban en ejecución antes de la pandemia y producto de esta debieron adecuarse a las circunstancias y realizar cambios estructurales para poder continuar cumpliendo con las obligaciones y en algunos casos incluso debieron realizar la suspensión de labores por el término que duro inicialmente la emergencia sanitaria producto de la pandemia.

Bajo esta premisa, por el hecho exógeno a las partes se podría presentar un rompimiento al equilibrio económico de los contratos estatales y una excesiva onerosidad como consecuencia de la pandemia y las medidas para mitigar el impacto, efectuando un menoscabo económico que si se reúne los requisitos deberá ser resarcido hasta el punto de pérdida. Asimismo, se pueden presentar casos en los cuales, que, para evitar la paralización o afectación grave del servicio público, la administración, en uso de sus cláusulas exorbitantes, mediante la modificación unilateral, varíe o altere las condiciones del contrato y obligue a realizar o bien suprimir o adicionar: obras, suministros o servicios, acarreando al contratista un daño antijurídico que debe ser reparado mediante la indemnización integral correspondiente.

Como primera medida, la presente investigación, utiliza el método de recolección de información basado en un trabajo de campo consistente en respuestas de derechos de Petición otorgadas por la administración sobre reclamaciones por desequilibrios económico del contrato frente a la pandemia del COVID-19. Se realizó cinco (5) Derechos de Petición ante entidades públicas del Distrito de Bogotá, solicitando información sobre la contratación Pública, con respecto al hecho exógeno sobreviniente del COVID-19 y su respectivo manejo. Las entidades públicas cuestionadas fueron las siguientes: **ACUEDUCTO DE BOGOTÁ DC, I.D.U, SECRETRÁNSITO y TRANSMILENIO.**

Con la finalidad de averiguar, si se pudo evidenciar casos en los cuales se pudieron haber presentado alteraciones al equilibrio económico del contrato, afectando a los contratistas por los efectos que se llegasen a realizar, debido la pandemia del COVID-19. Con relación al tema relacionado a un posible surgimiento de responsabilidad contractual por parte del Estado, se realizaron las siguientes peticiones: “PRIMERO: solicito allegar información para conocer si en sus procesos de contratación los contratistas han solicitado restablecimiento del equilibrio contractual producto del Covid19” y “SEGUNDO: Si en el caso de si hubiere requerimiento para restaurar el equilibrio contractual en su dependencia, solicito se informe a qué instrumento jurídico se ha utilizado para lograr ese fin: Teoría de la imprevisión, hecho del príncipe, ius variandi o incumplimiento contractual” arrojando los siguiente resultados:

ACUEDUCTO DE BOGOTÁ DC (EAAB & Oliveros, 2021) respondió que no tienen casos judiciales en curso respecto a desequilibrios económicos contractuales. Sin embargo, menciona la entidad, que ha recibido solicitudes por presuntas alteraciones al equilibrio contractual producto del COVID-19 y que ella expidió un formato de reclamación donde los contratistas puedan requerir a la entidad los posibles gastos o alteraciones producidos por la pandemia del COVID-19:

- (EAAB & Oliveros, 2021)“1. PRIMERO: De conformidad a las indagaciones realizadas por parte de la Dirección de Contratación y Compras, y en concordancia con la consulta realizada a la Oficina de Representación Judicial y Actuación Administrativa de la EAAB-ESP, en la actualidad no se tiene conocimiento que cursen procesos judiciales en contra de la entidad para el restablecimiento del equilibrio económico en materia contractual solicitado por los contratistas. De otra parte, resulta importante precisar que efectivamente la EAAB-ESP, ha recibido de parte de los contratistas comunicaciones solicitando o informando los gastos adicionales en materia contractual producto del COVID 19, razón por cual la EAAB-ESP, emitió la circular 10200-2020- 035 del 18 de mayo de 2020, la cual se anexa, por medio de la cual se establecen lineamientos en materia

de protocolos de Bioseguridad y medidas en temas contractuales con ocasión de la emergencia sanitaria COVID 19.(...)”

TRANSMILENIO realizó varios recuadros manifestando las respuestas a los contratistas, por solicitudes de posibles alteraciones al equilibrio contractual por efectos del COVID-19. Se puede apreciar el instrumento jurídico citado por el concesionario y sus respuestas correspondientes. Del resultado se puede evidenciar que solo una reclamación fue aprobada pero las demás solicitudes fueron negadas por la administración. (TRANSMILENIO, y otros, 2021)

El **I.D.U** (IDU, Meliza Marulanda, Luis Ernesto Bernal Rivera, & Daniel Gustavo Guzman, 2021) implementó los lineamientos de Bioseguridad en los contratos públicos que tienen en su dependencia. Los contratos fueron suspendidos por la pandemia del COVID-19 y luego de reiniciados, la entidad estatal solicitó la modificación de los contratos para la implementación de un apéndice de Bioseguridad de la cual se deberá realizar a través de un debido soporte financiero. La administración indicó que, algunos contratistas, han solicitado el restablecimiento del equilibrio económico por la respectiva modificación. De modo que se ha llevado a cabo varias mesas de trabajo con el fin de incluir la modificación de manera bilateral con sus respectivos recursos para la implementación:

- (IDU, Meliza Marulanda, Luis Ernesto Bernal Rivera, & Daniel Gustavo Guzman, 2021) *“(...)con los proyectos reiniciados, fue solicitada la modificación en los contratos para la implementación de un apéndice de bioseguridad; en el que se discriminaron los ítems necesarios, de conformidad con la normatividad vigente y las exigencias de las autoridades de salud, para atender la contingencia presentada por causa de la Pandemia. La inclusión de dicho apéndice a los contratos que así lo solicitaron, contiene el soporte financiero requerido para la debida atención de los protocolos de bioseguridad de conformidad con la normatividad vigente. (...) se indica que algunos contratistas no aceptaron dicha modificación solicitando restablecimiento del equilibrio económico, y ante esta situación se han realizado mesas de trabajo con el fin de poder incluir*

los respectivos apéndices en los contratos y garantizar en los mismos los recursos para su implementación (...)”

Con la finalidad de realizar la actualización de la información sobre menoscabos al equilibrio económico del contrato por la implementación de elementos de bioseguridad, se requirió al **I.D.U** (IDU, Meliza Marulanda, Carlos Francisco Ramirez Cardenas, Luis Ernesto Bernal Rivera, & Habib Leonardo Mejia Rivera, 2023) para responder el siguiente interrogante:

“(…)PRIMERO: Solicito allegar actualización de la información para conocer si en sus procesos de contratación algunos contratistas obtuvieron el reconocimiento por la alteración del equilibrio económico en virtud de la implementación de un apéndice de Bioseguridad producto del COVID-19.(…)”

(IDU, Meliza Marulanda, Carlos Francisco Ramirez Cardenas, Luis Ernesto Bernal Rivera, & Habib Leonardo Mejia Rivera, 2023) respondieron que, a la fecha para los contratos en ejecución, no se han realizado reconocimientos por restablecimiento del equilibrio contractual producto del COVID 19. No obstante, existen solicitudes de reconocimiento económico por temas de bioseguridad que se encuentran en trámite de estudio (Técnico, Jurídico, Financiero).¹³

Igualmente, se requirió al **I.D.U** de conocer si hubo reconocimiento al punto de no pérdida y las utilidades en favor al contratista por la implementación de un apéndice de Bioseguridad. El (IDU, Meliza Marulanda, Carlos Francisco Ramirez Cardenas, Luis Ernesto Bernal Rivera, & Habib Leonardo Mejia Rivera, 2023) respondió que para el Contrato IDU-1630-2019 el contratista, mediante previa solicitud y aprobación del interventor y la entidad contratante, indicó que el **CONSORCIO SANTA ROSA** le fue reconocido los costos de los insumos y actividades de Bioseguridad utilizados al poner en práctica los procedimientos de prevención frente al COVID-19 por lo cual el pago del reconocimiento se llevó a cabo con el Acta No 32 de Liquidación Contrato 1630 de 2019 suscrita el 29 de julio de 2022. Asimismo, se solicitó al **I.D.U** de informar si se presentaron demandas ante la jurisdicción contencioso-administrativa por restablecimientos al equilibrio económico del contrato debido a la implementación de un apéndice de Bioseguridad

¹³ (IDU, Meliza Marulanda, Carlos Francisco Ramirez Cardenas, Luis Ernesto Bernal Rivera, & Habib Leonardo Mejia Rivera, 2023), relacionó a través de unas tablas las solicitudes de reclamaciones reportadas a la fecha según lo indicado por las áreas ejecutoras y apoyos técnicos a la supervisión.

producto del COVID-19. El (IDU, Meliza Marulanda, Carlos Francisco Ramirez Cardenas, Luis Ernesto Bernal Rivera, & Habib Leonardo Mejia Rivera, 2023) mencionó que mediante radicado 25000 2336 000 2022 00057 00 se presentó demanda por la **UNIÓN TEMPÓRAL AVENIDA EL RINCON- UTAR** la cual se encuentra en trámite en el despacho del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**.

La **SECRETRÁNSITO**, (SDM, Gloria Alejandra Moreno Gamez, & Ana Maria Mayor, 2021) dando respuesta al derecho de petición, adujo dos posibles casos de reclamaciones por posibles desequilibrios producidos por los efectos de la pandemia del COVID-19:

- (SDM, Gloria Alejandra Moreno Gamez, & Ana Maria Mayor, 2021) Contrato de concesión No.071 de 2007 – Contratista **CONSORCIO SERVICIOS INTEGRALES PARA LA MOVILIDAD – SIM**: “(...) *Que dentro del proceso de amigable composición se estableció que la entidad debía restablecer al Consorcio de Servicios Integrales para la Movilidad – SIM un desequilibrio económico derivado de las medidas legislativas y administrativas tomadas por las autoridades para la evitar la propagación del virus COVID-19, de la siguiente manera: “De esta manera, considera el panel que para el restablecimiento de ese equilibrio el camino razonable, ajustado a la ley y sustentado en las pruebas allegadas a la actuación, consiste en que la Secretaría de Movilidad le reconozca al Consorcio SIM una porción de los ingresos que dejó de percibir entre el 20 de marzo y el 11 de mayo de 2020.(...)”*
- “(...) *Ahora, para efectos de calcular el valor que debe la Secretaría de Movilidad reconocerle al Consorcio SIM para restablecer el equilibrio económico del contrato, el panel ha determinado los ingresos que el Consorcio SIM habría debido seguir percibiendo por los trámites a su cargo haciendo una proyección del número de trámites a partir del número de trámites efectivamente realizados de ese mismo lapso —20 de marzo de 2020 al 11 de mayo de 2020— en los años 2008 a 201930 y, luego, aplicando las tarifas vigentes para ese mismo lapso en el año 2020, naturalmente descontando los ingresos efectivamente percibidos por el Consorcio SIM durante ese lapso del 2020. Este es el resultado de esos cálculos, con valores expresados en millones de pesos:*

Ingresos proyectados: 8.009 Ingresos percibidos: 1.572 Ingresos dejados de percibir: 6.436 (...)”

En la primera reclamación, la administración aprueba el desequilibrio económico del contrato en favor del contratista producto de las medidas del órgano legislativo y administrativo tomadas para la prevenir la propagación del virus COVID-19. No obstante, en el segundo caso de reclamación por posible menoscabo al equilibrio contractual, la Secretaría de Movilidad niega la restauración, por cuanto los riesgos (que aduce el contratista) fueron tipificados previamente y asignados al concesionario, al igual que las razones adicionales que amparan la negativa respuesta. El concesionario solicitó el reconocimiento a una compensación por los perjuicios causados, ya que, considera que hubo rompimiento de equilibrio contractual sobre entre otras causales de daño emergente como limitaciones de restricción a la movilidad, también el reconocimiento por la mora en la disposición de traslado de remanentes generados por la Secretaría Distrital de Movilidad de Bogotá que ,según el concesionario, le ocasionaron pérdidas más allá del alea normal del contrato de actuaciones unilaterales tomadas por la administración. Así pues, el contratista interpuso recurso de reposición de apelación por las razones que a su juicio le parece. A pesar de lo anterior, la administración niega el recurso realizado por el concesionario. Concluye la entidad que actualmente se encuentra en etapa de audiencia de conciliación extrajudicial solicitada por el contratista respecto a la posible alteración a la ecuación financiera del contrato.

- Contrato de Concesión No.2018-114 - Contratista GYP BOGOT´A S.A.S: “(...) *El día 1 de julio de 2021, la concesión GyP BOGOTA S.A.S, radica ante la SDM el oficio No 20216121086742, solicitando “Petición pago indemnización por daños y perjuicios por rompimiento de equilibrio contractual” (...) 1. La suma de 5.766.708.700 pesos por concepto de decisiones tomadas por valor en manejo de la emergencia sanitaria desde el mes de marzo de 2020 al mes de junio de 2021 sobre limitaciones de restricción a la movilidad, que ocasionaron pérdidas al contratista más allá del alea normal del contrato por decisiones unilaterales tomada por la administración. 2. La suma de 985.222.764 pesos por concepto de la disminución en el servicio por el mes de junio de 2019. 3. La suma de 499.068.495 pesos por la mora en la disposición de traslado de remanentes generados por la Secretaría Distrital de Movilidad de Bogotá. 4. Se paguen*

intereses moratorios sobre las sumas anteriores hasta la fecha de pago. 5. Se indexen el valor de las sumas ordenadas (...)”

“(...) Habidas las consideraciones anteriores, la Interventoría Consorcio TRANSCAPITAL concluye que las peticiones presentadas por el Concesionario no están llamadas a prosperar dadas las condiciones contractuales pactadas, en especial, los riesgos de la ejecución del contrato que fueron en su oportunidad tipificados y asignados al concesionario, siendo de su resorte una adecuada gestión del riesgo y la adopción de medidas gerenciales para mitigar el eventual impacto de los hechos de los cuales pretende deducir una ruptura de la ecuación contractual.”

“(...) Aunado a lo anterior, esta Supervisión reitera como lo ha manifestado en respuestas anteriores, que la cláusula tercera, parágrafo tercero del contrato, no garantiza un número de inmobilizaciones, toda vez que las mismas varían por circunstancias ajenas a la SDM. Ahora, frente al traslado de remanentes, claramente lo ha expuesto la interventoría Transcapital que existe documentación histórica del contrato donde se puede observar la trazabilidad de fechas de entrega por parte del concesionario y fechas de recibido de los vehículos por parte de la SDM de conformidad con los términos pactados contractualmente” (...) y en consecuencia no es de recibo para esta supervisión su petición de pago indemnización por daños y perjuicios. Se sugiere al concesionario GyP BOGOTA S.A.S estudiar y ejecutar las medidas necesarias para reducir los costos de la operación del contrato, sin afectar la prestación del servicio, so pena de incurrir en presuntos incumplimientos de conformidad con artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 (...)”

“(...)El día 17 de septiembre de 2021, la concesión GyP BOGOTA S.A.S, presentó nuevamente bajo el radicado No 20216121593382 “Recurso de Apelación petición pago indemnización por daños y perjuicios por rompimiento del Equilibrio Contractual” reiterando los argumentos esbozados en los oficios anteriores. (...)”

“(...) En días pasados, la Dirección de Atención al Ciudadano recibió solicitud de información de la Dirección de Representación Judicial de la SDM para

asistir a audiencia de conciliación extrajudicial sobre desequilibrio económico solicitado por el contratista.”

En definitiva, como resultado de las respuestas de los derechos de petición, se han estado presentado casos donde los contratistas han solicitado la restauración al equilibrio económico del contrato, producto de la pandemia del COVID-19. Partiendo del trabajo de campo, en efecto, se realizaron las respectivas reclamaciones con el fin de lograr la restauración financiera del contrato. El Instrumento jurídico, mayormente utilizado, es la Teoría de la Imprevisión. Donde está demostrado que, los contratistas de **TRANSMILENIO** en su mayoría han solicitado el restablecimiento mediante el reconocimiento hasta el punto de no pérdida por el riesgo imprevisible del COVID-19. Asimismo, con el fin de evitar litigios judiciales, tanto **TRANSMILENIO**, la **SECRETRÁNSITO** y el **I.D.U.** aprobaron el reconocimiento de hasta el punto de no pérdida en favor de los concesionarios, porque fue debidamente acreditado los efectos nocivos que les produjo en el equilibrio del contrato de la circunstancia del COVID-19, que sobrevino durante la ejecución del contrato.

A diferencia, de los casos mencionados previamente, en el **I.D.U.** se manifestó la reclamación por menoscabo al equilibrio financiero del contrato, diferente a la Teoría de la Imprevisión. En el caso concreto, se genera un conflicto porque la administración solicita la modificación del contrato, para la implementación de los elementos de Bioseguridad con su soporte financiero correspondiente; por esa medida impositiva, el contratista demandó a la entidad contratante y alega en que se le estaría acarreado un desbalance económico del contrato a causa de los sobrecostos adiciones que deberá atender para la implementación de los elementos de Bioseguridad. Puede ocurrir que si se reúne los requisitos a que haya lugar, se establezca la configuración de la causal del IUS VARIANDI que altera el equilibrio contractual por los gastos adicionales que se deban costear debido a la imposición de elementos de Bioseguridad. En aquellas circunstancias donde se configure la POTESTAS VARIANDI, la entidad estatal deberá restablecer no solo hasta el punto de no pérdida (como sucede en la Teoría de la Imprevisión) sino el reconocimiento de las utilidades en favor del contratista, si eventualmente se reúnen todos los presupuestos para constituir un daño antijurídico de alteración económica del contrato producido por la modificación unilateral de la administración.

2.2) Análisis de casos del trabajo de campo del principio de eficacia y la posibilidad de iniciar de oficio la actuación de reglamentar solicitudes por desequilibrio contractual:

A partir del análisis de los decretos con fuerza materia de Ley y Resoluciones expedidos por el Gobierno para abordar la pandemia del COVID-19, se puede establecer que el órgano gubernamental no reglamento ningún procedimiento de requerimientos de los contratistas tendiente a solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. A juicio de la investigación, esta medida está en plena concordancia con el principio de eficacia de la función administrativa, así como para evitar instancias judiciales que llegaren a ocurrir bajo las respectivas reclamaciones de equilibrio contractual.

De lo allegado por las entidades mencionadas, oficiosamente atendiendo el principio de eficacia de la función administrativa, las entidades (IDU, Meliza Marulanda, Luis Ernesto Bernal Rivera, & Daniel Gustavo Guzman, 2021), (SDM, Gloria Alejandra Moreno Gamez, & Ana Maria Mayor, 2021), (EAAB & Oliveros, 2021) han tomado medidas en procura de minimizar los efectos negativos que puedan tener la circunstancia sobreviniente del COVID-19.

Como primer acápite, el (IDU, Meliza Marulanda, Luis Ernesto Bernal Rivera, & Daniel Gustavo Guzman, 2021) ha mencionado que, a raíz de la solicitud de modificación del contrato para implementar un apéndice de bioseguridad, se han solicitado requerimientos de equilibrios económicos por parte de los contratistas. La entidad estatal de manera oficiosa ha tomado la medida de realizar mesas de trabajo con el fin de llegar a un acuerdo y poder incluir estas modificaciones.

A su vez, la (SDM, Gloria Alejandra Moreno Gamez, & Ana Maria Mayor, 2021) ha indicado que el contrato No.071 de 2007 – Contratista CONSORCIO SERVICIOS INTEGRALES PARA LA MOVILIDAD – SIM se solucionó mediante la figura de la amigable composición donde la administración restaura el equilibrio económico producido por las medidas legislativas y administrativas con ocasión al COVID-19. Se restableció los ingresos del contratista que había debido seguir persiguiendo durante el periodo entre el 20 de marzo y el 11 de mayo de 2020. La

entidad pública, mediante un tercero denominado amigable componedor, solucionó los conflictos jurídicos derivados de las medidas tomadas para minimizar los impactos de COVID-19. Lo que demuestra que no se alcanzó a requerir a instancias judiciales el reconocimiento al equilibrio contractual sino fue un tercero y las partes las que convinieron sus controversias con el fin de poder continuar ejecutando el contrato de concesión.

En definitiva, sin lugar a duda, se hace reconocimiento en que la (EAAB & Oliveros, 2021) ha implementado el procedimiento para que los contratistas puedan solicitar reclamaciones por posibles alteraciones a equilibrios contractuales que consideren. A través de la circular 10200-2020-035 del 18 de mayo de 2020, la (EAAB & Oliveros, 2021) establece las directrices acerca de los protocolos de Bioseguridad y acciones en asuntos contractuales debido a la crisis del COVID-19. La entidad estatal actuó de manera oficiosa y oportuna para anteponerse ante la circunstancia sobreviniente del COVID-19 y como ella lo indica busco salvaguardar los derechos de los participantes en el contrato. Según la circular, previa solicitud del contratista, la administración podrá ofrecer los costos en que hayan incurrido por gastos adicionales con ocasión a la crisis sanitaria.

En el numeral 4.3 de la circular 10200-2020-035 del 18 de mayo de 2020¹⁴, establece que con el requerimiento del contratista de restablecer el equilibrio contractual producto del COVID-19, en principio se utilizara el rubro de imprevistos que hacen parte del AIU. Ahora bien, en eventos donde se supere ese monto establecido, esa solicitud solo podrá ser aprobada por tanto el interventor o supervisión como por el ordenador del gasto, siempre y cuando el contratista logre acreditar con los soportes la aprobación de los imprevistos. Cabe señalar una particularidad muy importante, es el hecho que la (EAAB & Oliveros, 2021) hace parte de aquellas entidades que se encuentran en el régimen especial de contratación pública. Está enmarcada en lo estipulado en el

¹⁴ (EAAB & Oliveros, 2021) circular 10200-2020-035 del 18 de mayo de 2020 “4.3 *Solicitud de reconocimiento de costos. Si el contratista presenta solicitud de reconocimiento de costos relacionados con la atención de la Empresa Sanitaria, estos se atenderán inicialmente con cargo al rubro de imprevistos, el cual hace parte del concepto AIU. En caso de superar su monto, deberán soportar los valores adicionales con el visto bueno de la interventoría o la supervisión y la ordenación del gasto, para ser reconocidas en vigencia del contrato o contra acta de liquidación como un mayor valor del contrato. Para tal efecto se recuerda que el Manual de Interventoría de la EAAB establece como obligación financiera de los supervisores o interventores exigir al contratista la presentación de los soportes debidamente fundamentados para la aprobación del pago de imprevistos.*”

(Ley 142, 1994, Art. 31)¹⁵ Es una entidad industrial y comercial del Distrito Capital que ofrece servicios públicos domiciliarios y es muy valeroso que haya actuado pronta y oportunamente (en vez de entidades del orden nacional) con la implementación de requerimientos para restablecer el equilibrio contractual menoscabado por la pandemia del COVID-19.

Por consiguiente, la medida idónea, necesaria y proporcional en la cual la administración puede actuar oficiosamente (en consonancia con el principio de eficacia) es con la implementación de un procedimiento especial, dentro del cual, se reglamente los requerimientos de los contratistas donde acrediten alteraciones al equilibrio económico del contrato con ocasión a la crisis sanitaria del COVID-19. Se puede verificar claramente que (EAAB & Oliveros, 2021) logró materializar esta medida con la expedición de la circular 10200-2020-035 del 18 de mayo de 2020 que con ella no solo logra salvaguardar los derechos de las partes, agotar el trámite administrativo actuando oportunamente sino también que reduce tener que llegar a instancias judiciales que pretendan solicitar al juez contencioso administrativo el restablecimiento al equilibrio contractual.

7. Conclusiones:

Del análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional, Consejo de Estado, Teoría de la Imprevisión, la teoría del Ius Variandi y el principio de eficacia de la función administrativa frente a los efectos del COVID-19; se puede afirmar que el artículo de investigación se ha intensificado en lo siguiente:

- En primer lugar, corresponde en señalar que, por intermedio de la utilización de la modificación unilateral del contrato, surja el régimen de responsabilidad contractual del Estado en los casos donde se reúnan todos los requisitos del instrumento jurídico del IUS VARIANDI. Por cuanto,

¹⁵ (Ley 142, 1994, Art. 31). “Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.”

durante la ejecución del contrato, se obligue a realizar obras adicionales al contratista, y estas puedan generarle circunstancias patrimoniales desfavorables que le alteren la ecuación contractual y el principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos.

- El Instrumento jurídico, mayormente utilizado, es la Teoría de la Imprevisión. En los casos de **TRANSMILENIO** y la **SECRETARÍA DE MOVILIDAD DE BOGOTÁ DC**, se ha solicitado el restablecimiento mediante el reconocimiento de hasta el punto de no perdida por el riesgo imprevisible del COVID-19, de ser un hecho exógeno, extraordinario y anormal a las partes; el mismo deberá ser restablecido(en los casos que haya lugar) por la entidad, ya que, no fue razonablemente previsible por las partes que una pandemia pueda lograr tal alteración contractual, al momento de adjudicar el contrato.
- Sin embargo, en el caso del **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO** se logra evidenciar la tesis de la presente investigación. Se genera un conflicto porque la administración solicita la modificación del contrato, para la implementación de los elementos de Bioseguridad con su soporte financiero correspondiente; con esta medida, el contratista alega el desequilibrio económico del contrato debido a los sobrecostos adiciones que deberá atender para la implementación de los elementos de Bioseguridad. En ese sentido, si se reúne los requisitos a que haya lugar, se podría configurar la causal del IUS VARIANDI, la cual, altera el equilibrio contractual por los gastos adicionales que se deban costear debido a la imposición de elementos de Bioseguridad. Por tal razón, si el contratista logra acreditar la configuración de la POTESTAS VARIANDI, la administración deberá reconocer la indemnización integral correspondiente, esto es: tanto la pérdida de valor patrimonial que se genere, la prolongación de la misma como al igual que la ganancia no obtenida por el contratista.
- Como segunda medida, bajo el principio de eficacia de la función administrativa, se pudo establecer la omisión por parte del Gobierno de implementar medidas ante posibles alteraciones del equilibrio contractual para todos los contratos estatales. Lo pudo haber hecho desde los decretos reglamentarios o las resoluciones que se han impartido con ocasión a la emergencia sanitaria.
- Por último, el trabajo de campo refleja que en cumplimiento al principio de eficacia, la administración, de manera oficiosa, debe realizar la reglamentación de los protocolos, lineamientos o procedimientos de requerimientos sobre posibles desequilibrios que llegaren a solicitar los contratistas, mesas de trabajo y solucionar controversias mediante el uso del arreglo

directo, al igual que el uso de tribunales de arbitramento o la figura de la amigable composición; con el fin de dirimir los conflictos en sede administrativa en vez de tener que llegar a sede judicial.

Referencias

- Burbano Benavides, N., & Universidad Santo Tomás. (18 de junio de 2020). *CAUSALES DE RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL*. Obtenido de CAUSALES DE RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL: <http://hdl.handle.net/11634/27833>
- Camacho, E. M. (2013). *Manual de contratación de la administración pública*. Universidad Externado de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 21429, (C.P Danilo Rojas Betancourth; Octubre 29 de 2012).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 37.910. (C.P María Adriana Marín; Enero 31 de 2019)
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 52.666, 680012333000201300118 01 (52.666) (C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Enero 29 de 2018).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 52161. (C.P Marta Nubia Velásquez Rico; Noviembre 23 de 2016).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 55.855, 15001-23-33-000-2013-00526-01(55855) (C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Octubre 23 de 2017)
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 5951, (C.P Julio Cesar Uribe Acosta; Enero 31 de 1991)
- Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 209. Julio 7 de 1991 (Colombia). 2da Ed. Editorial Legis.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-644 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: Agosto 31 de 2011).
- Corte Constitucional de Colombia., Sentencia T-500 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero: Noviembre 4 de 1994).
- Decreto 417 de 2020 [con fuerza de ley]. Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica. Marzo 17 de 2020. DO: 51.259
- Decreto 537 de 2020 [con fuerza de ley]. Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Abril 12 de 2020. DO: 51.283
- EAAB, & Oliveros, R. H. (2021). *respuesta a derecho de petición sobre posibles desequilibrios económicos por covid-19*. Obtenido de E-2021-078843.
- Estupiñan, G. A., & Universidad Santo Tomás. (24 de 01 de 2022). *RESPONSABILIDAD CONTRATUAL A LA LUZ DE LOS ESTUDIOS RECIENTES Y FORTALECIMIENTO A LA CONTRATACIÓN ESTATAL*. Obtenido de RESPONSABILIDAD CONTRATUAL A LA LUZ DE LOS ESTUDIOS RECIENTES Y FORTALECIMIENTO A LA CONTRATACIÓN ESTATAL: <http://hdl.handle.net/11634/42585>
- Gómez, E. M., & Universidad Santo Tomás. (8 de octubre de 2020). *LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y SU APLICACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA*. Obtenido de LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y SU APLICACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA: <http://hdl.handle.net/11634/30375>
- IDU, Meliza Marulanda, Carlos Francisco Ramirez Cardenas, Luis Ernesto Bernal Rivera, & Habib Leonardo Mejia Rivera. (2023). *ALCANCE RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL PRODUCTO DEL COVID19 ACTUALIZACIÓN DE INFORMACIÓN RAD 20233350179681- COMUNICADO 20235260117512 de 25 de enero de 2023*. Obtenido de DTC 20233350288741.
- IDU, Meliza Marulanda, Luis Ernesto Bernal Rivera, & Daniel Gustavo Guzman. (2021). *respuesta a derecho de petición sobre posibles desequilibrios económicos*. Obtenido de DTC 20213351866941.
- Jaramillo, M. T. (2022). *Contratos estatales*. Bogotá D.C.: IBAÑEZ.
- Ley 142 de 1994. *Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*. Julio 11 de 1994. DO: 41.433
- Ley 1437 de 2011. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Enero 18 de 2011. DO: 47.956
- Ley 80 de 1993. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Octubre 28 de 1993. DO: 41.094
- Mitchell, C. (2020). *La oms caracteriza a covid-19 como una pandemia*.
- Orozco, G. E., & Universidad Santo Tomás. (31 de enero de 2022). *ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL EN ÉPOCA DE COVID-19: UN ASUNTO POR REVISAR*. Obtenido de ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL EN ÉPOCA DE COVID-19: UN ASUNTO POR REVISAR: <http://hdl.handle.net/11634/44917>
- República, D. L. (2020). *DÓLAR COVID-19*. Obtenido de www.larepublica.co/dolar-historico-por-covid-19
- Rodríguez Rodríguez, L. (2017). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá D.C.: Temis.

- Rodríguez, L. R., & Santos, J. E. (2021). *El Equilibrio Económico en los Contratos Públicos*. Bogotá D.C.: TEMIS.
- Rojas, N. E., & Universidad Santo Tomás. (2017). *EL EQUILIBRIO ECONOMICO Y LAS CONSECUENCIAS DE LA RUPTURA DE ESTE PRINCIPIO EN LOS CONTRATOS ESTATALES*. Obtenido de EL EQUILIBRIO ECONOMICO Y LAS CONSECUENCIAS DE LA RUPTURA DE ESTE PRINCIPIO EN LOS CONTRATOS ESTATALES: <http://hdl.handle.net/11634/13777>
- SDM, Gloria Alejandra Moreno Gamez, & Ana Maria Mayor. (2021). *respuesta a derecho de petición sobre posibles desequilibrios económicos por covid-19*. Obtenido de SSC 20214000290563.
- Tamayo, M. F. (2022). *Los Contratos Estatales en Colombia*. Bogotá D.C.: tirant lo blanch.
- Torres, J. T. (2019). *El Equilibrio Económico y Potestades Excepcionales en los contratos del Estado*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial IBAÑEZ.
- TRANSMILENIO, Tatiana García Vargas, José Guillermo del Río Baena, Jorge Pardo, Daniel Melo, Adriana Pinilla, . . . Fabian Moreno Mican. (2021). *respuesta a derecho de petición sobre posibles desequilibrios económicos por covid-19*. Obtenido de 2021ER44920.