

# CONTRATACIÓN COVID 19

LUIS FERNANDO OLIVEROS VILLARREAL

ABOGADO EXPERTO EN CONTRATACIÓN ESTATAL, SERVICIOS PÚBLICOS  
DOMICILIARIOS Y TRANSPORTE.

De la imposibilidad física y jurídica a la fuerza mayor como causales que justifican la inejecución del objeto del contrato. la imprevisión y el hecho del príncipe como fuente compensatoria o indemnizatoria de los sobrecostos padecidos, a consecuencia de la emergencia sanitaria del Covid - 19.

**A**no dudarlo, la actual situación que afronta el país, en particular, y la orbe entera, en general, ponen en práctica la aplicación de relevantes conceptos jurídicos, a los efectos de explicar y fundamentar, en forma sustantiva, los reales efectos que han sobrevenido a las relaciones negociales suscritas por el estado con los particulares en este peculiar y extremo “laboratorio” conceptual que se ha deducido de una calamitosa situación, la misma que muchos preferiríamos no confrontar por razón de las amplias y gravosas consecuencias económicas que por mucho tiempo se extenderán en el tiempo, y que habremos de padecer.

Tempranamente, advertida por parte del gobierno nacional la medida de confinamiento obligatorio, la problemática que se cernía sobre los contratos celebrados se proyecta en dos aspectos. El primero, el relativo a si el contratista del estado se encuentra obligado a ejecutar el objeto del contrato de cara a si está o no posibilitado para hacerlo.

El segundo, el que deriva de la modificación de las condiciones de ejecución del contrato, a propósito de los efectos que ocasionó su forzada suspensión y el modo en que ahora, en adelante tendrá que ser ejecutado, dentro de un nuevo contexto fáctico, todo lo cual dificulta y hace más onerosa su conclusión.

Así, el análisis jurídico que corresponde hacer apunta a determinar: (a) cuáles son los institutos jurídicos que, de cara al contrato estatal explican la existencia de un fenómeno como el relativo a la pandemia. (b) Cuáles son los efectos que para las relaciones negociales se derivan de las medidas adoptadas por el estado colombiano para atacar dicho fenómeno y (c)



cómo deberá replantearse el contrato celebrado frente a la emergencia económica, congénita y derivada de esta situación.

Por supuesto que este análisis aplica para los contratos celebrados con anterioridad a la declaratoria de emergencia sanitaria expedida por el gobierno nacional y los nocivos efectos que se proyectan en el tiempo, ahora que está en ciernes el reinicio de los contratos, en tanto, las nuevas relaciones negociales que se celebren, a partir de entonces, deberán contemplar las circunstancias en las cuales surge el negocio y dentro de las cuales deberán ejecutarse las prestaciones, todo lo cual ya se hace dentro de un contexto de una previsibilidad cierta, lo que implica que deban contemplar las condiciones contractuales que les permitan desarrollar el objeto dentro del concepto de equivalencia prestacional, a propósito del principio de conmutatividad que gobierna y caracteriza al contrato estatal <sup>1</sup>.

## DE LA IMPOSIBILIDAD FÍSICA Y JURÍDICA A LA FUERZA MAYOR COMO CAUSALES QUE JUSTIFICAN LA INEJECUCIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO

Expedida la emergencia sanitaria se forzó el confinamiento de la mayoría de la población en sus hogares, cuestión que, en principio determinó la suspensión de facto, sino unilateral de la mayoría de los contratos de obra, cuando las partes no lograron convenir formalmente en ello. Frente a lo acaecido, debe precisarse si tal fenómeno se sustenta en el caso fortuito o la fuerza mayor, o más bien, ello refiere a una situación de imposibilidad física y jurídica objetiva, para lo cual ha de precisarse que, dentro de la teoría del negocio jurídico, la fuerza mayor <sup>2</sup>,

<sup>1</sup> Artículos 27 y 28 de la Ley 80 de 1993.

<sup>2</sup> Artículo 64 del Código Civil, según el cual: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el IMPREVISTO o

en su noción conceptual, alude a una causal eximente de responsabilidad que, en sí misma considerada, torna imposible ejecutar el objeto del contrato <sup>3</sup>, en tanto, el efecto —que no la causa— que sobreviene al contrato es imprevisible e irresistible en sus consecuencias, excusando la responsabilidad de quien padece sus efectos, al paso que, el caso fortuito, en la concepción dual jurisprudencial, refiere a un fenómeno imprevisible, interno y resistible que rara vez configura una causal eximente de responsabilidad

---

que no es posible RESISTIR, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

<sup>3</sup> Así, debe puntualizarse que refiere, en su naturaleza, a un hecho imprevisto, imprevisible, irresistible y, por sobre todo externo a la conducta de las partes (Sección Tercera. Consejo de Estado. 29 de enero de 1993). Hecho extraño, causa extraña, imprevisible e irresistible (Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, sentencias de fechas: 13 de noviembre de 1962, 5 de julio de 1975, 13 de noviembre de 2019).



con el cual se excuse la inexecución del objeto del contrato, en tanto puede, eventualmente ser superable.

Así, desde la perspectiva de la pandemia per se, ésta no configura evento de fuerza mayor, en tanto, en sí mismo considerado, no torna de imposible su ejecución, como que tampoco desaparece la causa del contrato, cuando menos no, en lo que respecta a los contratos de obra o concesión de infraestructura. Cosa bien distinta lo es el de que, a propósito de las medidas adoptadas por el gobierno nacional y/o los gobiernos territoriales (departamentos y municipios), dentro de ello, el confinamiento temporal, prohibición de movilidad o circulación de personas o bienes e incluso la suspensión unilateral de los contratos<sup>4</sup> se haya generado una situación de imposibilidad física y/o jurídica objetiva, de modo generalizado, que tornaba imposible la ejecución del objeto del contrato, lo cual forzaba su suspensión de facto o convenida, parcial o total de las prestaciones<sup>5</sup>, fundado en un evento de absoluta imposibilidad jurídica objetiva, y sabido es que nadie está obligado a lo imposible (*impossibilium nulla obligatio est*) y que los contratistas del estado no asumen obligaciones de imposible cumplimiento<sup>6</sup>, en el sentido de que no puede deberse cumplir, lo que no se puede cumplir<sup>7</sup>. Así, el deudor no tiene el deber de cumplir con el objeto de la obligación, esto es, con la prestación de imposible cumplimiento<sup>8</sup>.

Debe precisarse, sin embargo, que por decisión del estado, la prestación se tornó de imposible ejecución, en forma temporal, que no definitiva, en tanto el Gobierno prohibió ejecutar actividades distintas a las explícitamente excep-

<sup>4</sup> Como así lo determinó el artículo 26 del Decreto No. 482 de 26 de marzo de 2020, conforme al cual: Suspensión de contratos de infraestructura de transporte. Las entidades públicas tendrán la facultad de suspender unilateralmente los contratos estatales de infraestructura de transporte a su cargo, en el evento de que dicha suspensión resulte necesaria para el cumplimiento de las medidas derivadas de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica ante la pandemia COVID-19 y no se haya logrado la suscripción del acta de suspensión de mutuo acuerdo dentro de los dos (2) días siguientes a la comunicación que para esos efectos envíe la entidad pública contratante. La suspensión que resulte de aplicar la facultad prevista en este artículo tendrá la misma vigencia de la declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica antes mencionada.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Germán Bula Escobar (E), Bogotá D.C., cinco (5) de julio de dos mil dieciséis (2016), Radicación interna: 2278, Número Único: 11001-03-06-000-2016-00001-00.

<sup>6</sup> Literal d) del numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

<sup>7</sup> GROSSO Giuseppe, Las Obligaciones, Contenido y Requisitos de la prestación. Traducción Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. 2ª reimpresión 1992. Pág. 69

<sup>8</sup> Op. Cit. Supra. Pág. 83

cionadas, luego de lo cual, en puridad de verdad, por vía de un decreto ley suspendió su ejecución hasta cuando determinó su progresivo reinicio<sup>9</sup>. De ese modo, consecuencia de lo ocurrido, lo es el de que, en manera alguna se configuró el fenómeno de la fuerza mayor, aun cuando sí, en forma transitoria o temporal, la ley impidió la ejecución de la obligación, lo cual concretó la imposibilidad jurídica y luego física para ejecutar el objeto del contrato de modo provisional.

De tal circunstancia se deriva para el contratista del estado, los efectos exonerativos de responsabilidad por el no cumplimiento o incumplimiento oportuno de la obligación, a la vez que surgió para él, el derecho de exigir la indemnización o compensación que tal evento causó para la economía del contrato, como enseguida se verá.

### LA IMPREVISIÓN Y EL HECHO DEL PRÍNCIPE COMO FUENTE COMPENSATORIA O INDEMNIZATORIA DE LOS SOBRECOSTOS PADECIDOS, A CONSECUENCIA DE LA EMERGENCIA SANITARIA DEL COVID 19

Como lo anticipamos en precedencia, el análisis jurídico propuesto alude a determinar qué consecuencias o efectos jurídicos se derivan del fenómeno de la pandemia, las medidas adoptadas por el estado colombiano

<sup>9</sup> numeral 18 y 20 del artículo 3° del Decreto Ley Nacional No. 531 de 2020, según el cual: Garantías para la medida aislamiento preventivo obligatorio. Para que el aislamiento preventivo obligatorio garantice el derecho a la vida, a la salud en conexidad con la vida y la supervivencia, los gobernadores y alcaldes, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID – 19, permitirán el derecho de circulación de las personas en los siguientes casos o actividades: (...) 18. La ejecución de obras de infraestructura de transporte y obra pública, así como la cadena de suministros de materiales e insumos relacionados con la ejecución de las mismas (...) 20. La intervención de obras civiles y de construcción, las cuales, por su estado de avance de obra o de sus características, presenten riesgos de estabilidad técnica, amenaza de colapso o requieran acciones de reforzamiento estructural.





y la emergencia económica que ello origina, de cara a determinar las secuelas que sobrevienen al contrato, cómo lo impactan y si una parte de la relación comercial puede exigir de la otra, el derecho a lograr la compensación o indemnización de los sobrecostos que tal situación aparejan, determinando cuál factor o causa desequilibrante podría invocarse.

Como se vio, a consecuencia de la pandemia se han adoptado una serie de medidas a nivel global y ya, dentro del territorio nacional, lo cual, a no dudarlo, ha generado una sucesión de efectos y consecuencias imprevistos —por lo sobrevinientes, extraños, anormales y exógenos a la conducta de las partes—, e imprevistos, en tanto, las partes nunca tuvieron la oportunidad de prever qué podía deducirse de un fenómeno semejante, aun hoy se desconoce, a plenitud, los efectos que se irán y se seguirán desencadenando por inciertas que resultan ser sus consecuencias, las cuales, se advierte, se extenderán en el tiempo, de modo que, para efectos de sustentar la solicitud de renegociación del contrato que haga posible su conclusión, además del reconocimiento de los efectos nocivos que se han consolidado e impactado su ecuación económica, generando un desequilibrio prestacional, se hace necesario determinar cuál es el instituto jurídico que explica la cuestión y, por qué y cómo procede el eventual efecto indemnizatorio o compensatorio.

De ese modo, resulta innegable entender que, de cara a los contratos de obra y de concesión de infraestructura y transporte, conforme a las iniciales medidas adoptadas por el gobierno nacional y los locales, se suspendió la ejecución de los contratos, lo cual, por sí sólo aparejó el fenómeno de la improductividad de sus costos fijos (maquinaria, equipo, personal de obra y administrativo), cuyos costos e inversiones siguieron afectos al proyecto, a la espera de poder continuar con posterioridad.

En paralelo, acaecieron en el mercado internacional y nacional, una cadena de sucesos económicos que aumentaron los precios, como, por ejemplo, la súbita y anormal alza de las divisas internacionales, con ello, el aumento en la importación de bienes. Por su parte, cuando se levantó la medida que impedía la ejecución de actividades de obra, se impuso todo un complejo catálogo de novedosas condiciones de bioseguridad para dar continuidad a la ejecución del objeto del contrato, a la vez que, en forma imperativa se redujo el número de personal posible de mantener ejecutando las actividades con lo cual, no sólo generará la causación de mayores costos a los previstos, sino que, además menguará, en forma grave e importante, los rendimientos y, por ende, la productividad en la ejecución de los procesos constructivos, lo cual determinará, en el tiempo, la necesidad de extender el plazo para ejecutar el mismo objeto y, con

ello, la causación de mayores costos fijos<sup>10</sup>, ciertamente nunca presupuestados dentro del precio inicialmente pactado. P

Para el caso de los contratos de concesión de carreteras se suspendió la causación y cobro de peajes, además de que por sí sólo, ya nadie podía transitar<sup>11</sup>, lo que en semejanza acaeció para el sistema aeroportuario.

Frente a tal entuerto, debe precisarse que, con puntual casuística habrá de analizarse en cada caso en concreto qué reales y consolidados efectos nocivos económicos sobrevienen a la relación comercial para determinar si procede o no una reclamación, debiendo advertir que, para ello, bien podrá invocarse, en forma combinada y dependiendo del efecto, el título de imputación de la secuela adversa, cual puede ser, o bien la IMPREVISIÓN<sup>12</sup>, apuntando a lograr la revisión de las condiciones comerciales que regirán hacia el futuro, además de obtener la compensación de los sobrecostos que se irán a causar, hasta el punto de no pérdida, para el caso del aumento de bienes o servicios que penden del valor de la divisa internacional<sup>13</sup>, por ejemplo, o bien, se podrá invocar el denominado HECHO DEL PRÍNCIPE, entendido éste como la decisión que adopta el estado, en forma general y abstracta, en su condición de autoridad pública y no como parte del contrato<sup>14</sup>, mediante la cual, varía las condiciones de ejecución de la obligación, derivando en la causación de mayores costos por los cuales debe en forma íntegra

<sup>10</sup> Esto es, aquéllos que se causan en función del plazo y no de la obra ejecutada.

<sup>11</sup> Artículo 13 del Decreto No. 482, *ibidem*.

<sup>12</sup> Artículo 868 del Código de Comercio, en concordancia con el inciso 2º del numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C. ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017), Radicación: 25000-23-36-000-2013-01717-01 (54.614).

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia No. 17001-23-31-000-1996-05018-01(20344) de 8 de Febrero de 2012.



indemnizar al contratista, como, a manera de ejemplo: la implementación de medidas de bioseguridad, el aumento de los costos fijos a consecuencia de la mengua de los rendimientos y de la productividad por un menor número de personal a incorporar para el desarrollo de los procesos constructivos con lo cual, se concretarán los perjuicios de mayor permanencia en obra e improductividad, para el caso de las concesiones, el pago de los peajes dejados de causar y recibir, entre otros más.


Ello, sin dejar de analizar si el propio contrato dispuso una reglamentación respecto de un evento de riesgo semejante, como el relativo al que se suele tipificar como “riesgo regulatorio”, respecto de lo cual, deberán seguirse las pautas interpretativas de sus efectos y de los mecanismos de contención dispuestos, primeramente en la ley, si es que fue ilegalmente asignado o trasladado<sup>15</sup>.

Todo ello deberá convenirse en forma anticipada al reinicio de las obras, en tanto, si bien, ello no imposibilita retomar las actividades, sí determina una modificación a las condiciones de ejecución de las obligaciones, lo cual implica el de que, por razón de la solemnidad escritural del contrato estatal y, en virtud del principio de legalidad del gasto, todas esas alteraciones y los mayores costos que ello implican deban pactarse en forma anticipada, en el propósito de proteger el patrimonio del contratista, menguando el riesgo de que, luego, no le sea reconocido ni pagado. En cualquier caso, la renegociación y revisión de las condiciones contractuales constituye un deber de ineludible cumplimiento para el estado, no sólo porque ello lo impone una ley de orden público<sup>16</sup>, sino

<sup>15</sup> Numeral 5° del artículo 24, numerales 8° y 9° del artículo 4, numeral 1° del artículo 5, artículos 27 y 28 de la Ley 80 de 1993. Eduardo Fonseca Prada. LA ASIGNACIÓN O DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS, 2005. Susana Montes, Patricia Mier Barros, CONCESIONES VIALES. LA INADECUADA DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS, EVENTUAL CAUSA DE CRISIS EN LOS CONTRATOS. Revista de Derecho Público de la Facultad de Derecho, número 11, junio de 2000.

<sup>16</sup> Así lo manda el artículo 4°, ibidem, según el cual: DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales (...)

8°. 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.

que, además constituye aplicación del principio de buena fe, sobre lo cual tiene que dar ejemplo, en punto a “garantizar la justicia correctiva y conmutativa que es implícita en el derecho que regula el hecho, el acto y el negocio jurídico”<sup>17</sup>, sin perder de vista que, de cara a la hecatombe global y extraordinaria que implica la cuestión, en forma razonable, sensata y proporcional, las partes deban intentar la gestión directa de la solución de una problemática sin precedente en el tiempo, por el contexto actual del grado de desarrollo del planeta y de la civilización moderna. 

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

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.

Artículo 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMIA. En virtud de este principio (...)

5°. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten.

Artículo 50. DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES ESTATALES. 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 la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de mayo de 2015, Exp. 31837, C.P. Olga Mélida Valle De La Hoz.