

Equilibrio Económico En Contratos De Obra En Ejecución De La Electrificadora De Santander
S.A E.S. P, A Causa De Reclamaciones Por Gastos Imprevistos Por La Pandemia Covid-19

Laura Camila Ruíz Cárdenas

Trabajo de Grado para optar el título de Abogado

Director

Héctor Elías Hernández Velasco

Maestro en Hermenéutica Jurídica y Derecho

Universidad Industrial de Santander

Facultad de Ciencias Humanas

Escuela de Derecho y Ciencia Política

Bucaramanga

2021

Dedicatoria

A mi madre Margin Cárdenas, quien es mi ejemplo de vida para actuar con respeto y dedicación.

Con su amor y esfuerzo cada día me ha impulsado a lograr mis sueños.

A mi novio Jorge Alejandro, quien ha sido mi inspiración y mi apoyo para mejorar y cumplir

todo lo que deseo en mi vida.

A mi hermano Jorge Andrés, gracias a él soy una persona soñadora y perseverante.

Agradecimientos

A mi Universidad Industrial de Santander, por los bellos momentos que me brindó, por la oportunidad de estudiar mi pregrado adquiriendo conocimientos que serán la base para mi vida profesional, con profesores muy preparados que son un ejemplo de vida, los cuales ayudaron en mi proceso formativo tanto personal como académico.

A la Electrificadora de Santander S.A E.S.P por permitirme realizar allí la Práctica Jurídica Empresarial como modalidad de grado para aplicar los conocimientos adquiridos de la carrera de Derecho e igualmente obtener aún más conocimientos prácticos para mejorar mi desempeño académico. De esta manera, agradecer a la abogada Yehimy Patricia Piza por apoyarme en mi trabajo de grado, porque estuvo pendiente de todo este proceso. A todos los abogados de Asuntos Legales y Secretaría General, quienes son unas personas muy preparadas, con excelente calidad humana, me siento muy agradecida por la amabilidad brindada y sus conocimientos.

Contenido

Introducción	12
1. Información general del proyecto	14
1.1 Planteamiento del problema.....	14
1.2 Alcance del trabajo.	17
1.3 Objetivo general.....	18
1.4 Objetivos Específicos	18
1.5 Metodología.....	19
2. Información sobre la empresa.....	21
2.1. Descripción de la empresa	21
2.2. Historia de la empresa ESSA.....	22
2.3. Junta directiva de ESSA para el periodo 2020-2021	24
2.4. Trabajadores.....	24
2.5. Organización de la empresa ESSA	25
2.6. Área de Asuntos Legales y Secretaría General de ESSA S.A.....	25
2.7. Parámetros para la Contratación con la Electricidad de Santander S.A E.S.P.....	25
2.7.1. Participación	26
2.7.2. Selección del contratista	26
2.7.3. Autorización para dar inicio al proceso de contratación	27
2.7.4. Publicidad de la actividad contractual	28
2.7.5. Estudio de ofertas	28
2.7.6. Negociación directa.....	28
2.7.7. Informe de análisis y conclusiones.....	29
2.7.8. Suspensión y terminación del proceso de contratación.....	29

2.7.9. Perfeccionamiento y formalización de los contratos	30
2.7.10. Ejecución del contrato.....	30
2.7.11. Gestión integral de los riesgos del contrato	32
2.7.12. Liquidación de los contratos	32
3. Marcos de referencia.....	33
3.1. Marco de antecedentes jurídicos.....	33
3.1.1. Art 365 Constitución Política de Colombia.....	33
3.1.2. Artículo 2053 del Código Civil	33
3.1.3. Art 868 Código de Comercio	33
3.1.4. Ley 142 de 1994 modificado por la Ley 689 de 2001	34
3.2. Marco conceptual.....	35
4 Cronograma	39
5. Actividades que fueron desarrolladas en la práctica jurídico empresarial:	40
5.1. Primer informe.....	40
5.1.1. Introducción.....	40
5.1.2. Descripción de la pandemia a causa del virus COVID-19	43
5.1.3. Régimen de los contratos celebrados por empresas prestadoras de servicios públicos	45
5.1.4. Jurisdicción competente	51
5.1.5. Vigilancia de las empresas de servicios públicos domiciliarios.....	52
5.1.6. Teoría de la imprevisión.....	54
5.1.7. Teoría de la imprevisión en época del COVID-19	57
5.1.8. Definición del contrato de obra	60
5.1.9. Riesgos del contrato de obra.....	62
5.1.10. Teoría aplicable.....	65
5.1.11. Requisitos de la teoría de la imprevisión	68

5.1.12. Cuadro de las actividades realizadas en el mes de agosto, septiembre y octubre en la empresa Electrificadora de Santander con motivo de la Práctica Empresarial.....	70
5.2 Segundo informe.....	72
5.2.1 Marco de antecedentes normativos:	72
5.2.1.1 Artículo 365 de la Constitución Política de Colombia	73
5.2.1.2 El artículo 13 de la Ley 1150 de 2007	74
5.2.1.3 Artículo 209 de la Constitución Política de Colombia	74
5.2.1.4 Artículo 267 de la Constitución Política de Colombia	74
5.2.1.5 Ley 142 de 1994 modificado por la Ley 689 de 2001	75
5.2.1.6 Artículo 15 del Código civil	79
5.2.1.7 Desde el artículo 2053 hasta el artículo 2062 del Código Civil	79
5.2.1.8 Artículo 868 del Código de Comercio	82
5.2.1.9 Decreto 531 de 2020	83
5.2.1.10 Decreto 222 de 1983	84
5.2.2 Jurisprudencia.....	90
5.2.3 Cuadro de las actividades realizadas en el mes de noviembre y diciembre en la empresa Electrificadora de Santander con motivo de la Práctica Empresarial	109
5.3 Tercer informe	111
5.3.1 Apoyo a respuestas de reclamaciones contratistas ESSA.	111
5.3.1.1 Primer caso: Caso del acero.....	111
5.3.1.2 Segundo caso: Caso expansión	114
5.3.1.3 Tercero caso: Caso subestación	116
5.3.1.4 Cuarto caso: Construcción equipos electrónicos	117
5.3.1.5 Quinto caso: Caso Pruebas COVID-19.....	119
5.3.2 Cuadro de las actividades realizadas en el mes de enero y febrero en la empresa Electrificadora de Santander con motivo de la Práctica Empresarial	121

6	Conclusión	123
	Referencias.....	125

Lista de Apéndices

Apéndice A. Instructivo de contratación para reclamaciones por hechos imprevistos a causa del covid-19 en contratos obra en la Electrificadora de Santander S.A E.S.P.....129

Lista De Tablas

Tabla 1. Cronograma	39
Tabla 2. Actividades realizadas en el mes de agosto, septiembre y octubre en la empresa Electrificadora de Santander con motivo de la Práctica Empresarial.....	70
Tabla 3. Actividades realizadas en el mes de noviembre y diciembre en la empresa Electrificadora de Santander con motivo de la Práctica Empresarial	109
Tabla 4. Actividades realizadas en el mes de enero y febrero en la empresa Electrificadora de Santander con motivo de la Práctica Empresarial.....	121

Resumen

Título: EQUILIBRIO ECONÓMICO EN CONTRATOS DE OBRA EN EJECUCIÓN DE LA ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A E.S. P A CAUSA DE RECLAMACIONES POR GASTOS IMPREVISTOS POR LA PANDEMIA COVID-19¹.

Autor: LAURA CAMILA RUIZ CARDENAS**

Palabras clave: Covid-19, contratos de obra, imprevisión, empresa prestadora servicios públicos.

Descripción: El contenido de este trabajo es acerca de las actividades realizadas en la práctica empresarial con la Electrificadora de Santander S.A E.S.P, dónde se realizó un apoyo jurídico encaminado a desarrollar los objetivos planteados en la propuesta de trabajo de grado, los cuales se efectuaron a través de los tres informes entregados, consistentes en dejar plasmado el análisis jurídico y doctrinal de la teoría de la imprevisión en los contratos de obra con empresas prestadoras de servicios públicos, para determinar en qué casos aplica dicha teoría, los requisitos correspondientes para que aplique, e igualmente vislumbrar los aspectos de la teoría teniendo presente los casos analizados en la jurisprudencia del Consejo de Estado, así como el apoyo efectuado en el grupo Soporte Legal Contratación del Área de Asuntos Legales y Secretaría General en algunos casos de reclamaciones de contratistas de obra por imprevisión a causa del COVID-19. El resultado final consistió en la creación de un instructivo que contiene los pasos a realizar para dar respuesta a las reclamaciones interpuestas por los contratistas de obra a ESSA, para determinar si son procedentes o no los reconocimientos económicos solicitados, ya que alegan un desequilibrio económico por motivo de la pandemia del COVID-19.

¹ Proyecto de grado

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Director: Héctor Elías Hernández. Maestro de Hermenéutica y Derecho.

Abstract

Title: ECONOMIC BALANCE IN CONSTRUCTIONS CONTRACTS IN EXECUTION OF THE ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A E.S. P BECAUSE OF CLAIMS FOR UNEXPECTED EXPENSES DUE TO THE COVID-19 PANDEMIC *.

Author: LAURA CAMILA RUIZ CARDENAS**

Keywords: Covid-19, constructions contracts, unexpected theory, service public provider company.

Description: The content of this work is about the activities carried out in business practice with Electrificadora de Santander S.A E.S.P , in this place Legal, support was provided aimed at developing the objectives set out in the degree project proposal, These were made through the three reports submitted, which consisted of setting out the legal and doctrinal analysis of the theory of unforeseenness in the work contracts with companies that provide public services, to determine in which cases this theory applies, the corresponding requirements for it to apply, and also glimpse the aspects of the theory bearing in mind the cases analyzed in the jurisprudence of the Council of State and and the support provided by the Legal Support Contracting group of the Legal Affairs Area and the General Secretariat in some cases of claims from work contractors due to unforeseen circumstances due to COVID-19.

The final result was the creation of an instruction manual that contains the steps to be taken to respond to the claims filed by the work contractors to ESSA, to determine whether or not the requested economic acknowledgments are appropriate, since they allege an economic imbalance for reasons of the COVID-19 pandemic.

* Grade project

** Faculty of Human Sciences. Law and Political Science School. Director: Héctor Elías Hernández. Magister of Hermeneutics and Law.

Introducción

En la empresa Electrificadora de Santander S.A E.S.P a causa de la pandemia del año 2020 por los múltiples problemas del COVID-19, se han presentado reclamaciones por parte de los contratistas de obra, quienes alegan desequilibrio económico de sus contratos ya que tuvieron que suspender un tiempo las construcciones que estaban llevando a cabo de los contratos celebrados con la Electrificadora, bien sea obras de construcción y/o mantenimiento de redes eléctricas así como modernización de las plantas principales de energía para aumentar la cobertura del servicio de energía eléctrica para la comunidad o garantizar la sostenibilidad de dicho servicio.

De la misma manera, para dar reinicio a los contratos celebrados, por disposición de la Ley, los contratistas tuvieron que implementar protocolos de bioseguridad de modo que se dispuso la implementación de protocolos de higiene, instalaciones de lavamos, suministro de insumos e implementos a los trabajadores como tapabocas, guantes, caretas así como modificar la estructura operativa de cada proyecto cambiando los horarios de trabajo, intercalando trabajadores, pagando transportes diferentes a la propuesta inicial a raíz de la cantidad de pasajeros que pueden trasportarse en un vehículo por causa del COVID-19. Por lo cual, insisten los contratistas, que se han elevado los costos de las obras pactadas y exigen que la empresa ESSA, pague todo aquello demás que surgió por la pandemia.

ESSA es una empresa sometida al régimen de contratación privado conforme el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 y al control fiscal que realiza la Contraloría General de la República, de esta manera la empresa debe respetar los principios consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Nacional en todas sus actuaciones, siendo necesario que se valide la procedencia de las reclamaciones de los contratistas, los documentos que soportan las reclamaciones y la

veracidad de las mismas y determinar a quién le corresponde asumir los sobrecostos por la pandemia del COVID-19.

En consecuencia, a través de este trabajo se pretende analizar el régimen aplicable así como determinar la teoría procedente conforme un análisis teórico práctico de las normas, la doctrina y la jurisprudencia apoyando al equipo de Soporte Legal Contratación del Área de Asuntos Legales y Secretaría General de ESSA, con la revisión de los contratos de obra celebrados por ESSA para determinar si existe desequilibrio económico en los contratos de obra celebrados con la Electrificadora de Santander S.A E.S.P gracias a la implementación de los protocolos de bioseguridad por el COVID-19, así como delimitar los aspectos y requisitos a tener en cuenta para que procedan en cada caso los reconocimientos del restablecimiento del equilibrio financiero de haberse alterado a través de la elaboración de un instructivo que aborde la temática.

1. Información general del proyecto

Título: EQUILIBRIO ECONÓMICO EN CONTRATOS DE OBRA EN EJECUCIÓN DE LA ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A E.S. P A CAUSA DE RECLAMACIONES POR GASTOS IMPREVISTOS POR LA PANDEMIA COVID-19.		
Nombre del estudiante: Laura Camila Ruiz cárdenas		
Código: 2150676	Email: kamy_ami@hotmail.com	Tel: 316274736
Nombre de la Empresa: Electrificadora de Santander S.A E.S.P		
Dirección: Carrera 19 # 24-56 Bucaramanga- Santander		
Teléfonos: <u>01-800-0971903, 6339767, 6303333</u> Email: <u>essa@essa.com.co</u>		
Característica de la Empresa: Organizada como sociedad anónima, ESSA es una empresa prestadora de servicios de segundo nivel.		
Profesor de la Escuela de Derecho que dirigirá la Práctica Empresarial: Héctor Elías Hernández Velasco		
Profesional de la Empresa tutor de la Práctica Empresarial: Yehimy Patricia Piza Robles		

1.1 Planteamiento del problema.

En razón a la aplicación del Decreto 457 de 2020, que ordena aislamiento preventivo obligatorio para todas las personas en Colombia desde el 25 de marzo de 2020 hasta el 13 de abril de 2020 por la emergencia sanitaria del Coronavirus COVID-19, la Electrificadora de Santander suspendió los contratos de obra consistentes en construcción y/o mantenimiento de redes eléctricas así como modernización de las plantas principales de energía para aumentar la cobertura del servicio de energía eléctrica para la comunidad o garantizar la sostenibilidad de dicho servicio. Estos contratos de obra reactivaron sus actividades gracias a la expedición del

Decreto 531 de 2020 el día 8 de abril de 2020, que estableció unas excepciones a las limitaciones de circulación de personas en el territorio en su artículo 3, dentro de las cuales está la ejecución de obras públicas y de infraestructura. De este modo, retornaron a las actividades los trabajadores de las construcciones de obra de la Electrificadora de Santander, previa solicitud a los contratistas de la implementación de los protocolos de bioseguridad para la protección de cada uno de los trabajadores.

En este orden de ideas, Essa reinició los contratos comprometiéndose con las contrapartes a revisar a la luz del régimen contractual aplicable, si procede o no la aplicación del reconocimiento de los gastos que indican los contratistas de obra, ya que aseguran que estos les han generado un desequilibrio financiero en el contrato. En este sentido, los contratistas de obra han venido presentado las reclamaciones a la Electrificadora de Santander en las que solicitan reconocimientos de los costos por la implementación de los protocolos de bioseguridad, stand by, mayor permanencia en obras, pérdida de rendimientos en los contratos que se encontraban en ejecución al momento de presentarse la situación de pandemia. Quedando pendiente para ESSA resolver el manejo que se le daría a las reclamaciones presentadas por los contratistas en los contratos en ejecución al momento en que se presentó la pandemia del COVID-19.

Ante esta situación, es trascendental el apoyo de la práctica jurídica en ESSA, para analizar si en los contratos de obra celebrados por empresas de servicios públicos aplica el desequilibrio económico del contrato y bajo qué teoría, con base en el régimen contractual aplicable y la naturaleza de ESSA. Bajo este entendido, elaborar un instructivo en el cual se aplique la teoría que abarque los presupuestos sobre los cuales se pretende hacer o no el reconocimiento a las reclamaciones planteadas por los contratistas estableciendo las pautas, requisitos, soportes, fecha desde la cual se aplicaría el reconocimiento en el evento en que se considere viable y el

alcance de dicho reconocimiento económico. Igualmente, sino hay lugar al reconocimiento, determinar los motivos por los cuales no sería procedente.

La importancia del desarrollo de esta práctica empresarial radica en que es un tema nuevo, ya que no se habían presentado reclamaciones antes de este tipo, como lo es una pandemia mundial en asuntos contractuales de empresas de servicios públicos. Además, el régimen jurídico que tienen estas empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios es especial, así lo consagra el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, indicando que se rigen por las normas de derecho privado, pero estas empresas deben respetar en todas sus actuaciones, los principios consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Nacional e igualmente cumplir con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, para un adecuado funcionamiento de las autoridades administrativas. A pesar de que el régimen que cobija las actuaciones de las empresas prestadoras de servicios públicos es el derecho privado, es el Juez Contencioso Administrativo el competente de resolver las problemáticas jurídicas que se presenten cuando una de las partes es una empresa prestadora de servicios públicos y la jurisprudencia base son sentencias del Consejo de Estado.

Por lo tanto, al ser la Electrificadora de Santander una empresa que está sometida al cumplimiento de los principios de la Administración Pública, está sujeta al control fiscal que realiza la Contraloría General de la República del manejo de los bienes, contratos o actos según las disposiciones de la Ley 142 de 1994, por ello es vital el correcto análisis sobre la procedencia de los reconocimientos a los contratistas por las reclamaciones de los costos no previstos a causa de la suspensión de los contratos de obra e implementación de protocolos de seguridad por la pandemia COVID-19, ya que ESSA maneja recursos públicos y en esta medida, las Contralorías están revisando el motivo por el cuál, de darse algún reconocimiento, hubo

mayores pagos que los establecidos en un principio para la contratación de dicha obra. En caso en que la Contraloría considere que no procedían dichos pagos, se puede ver inmerso el administrador del contrato en incidencias fiscales estando en la obligación de devolver ese dinero al Estado, siendo sumas muy elevadas. En esta medida es un tema delicado que debe desarrollarse a través de un estudio juicioso y cuidadoso.

1.2 Alcance del trabajo.

Dada la pandemia del COVID-19, los contratistas de obra que tienen contratos celebrados con la empresa Electrificadora de Santander S.A E.S.P, argumentan que se han generado gastos que no estaban previstos en sus propuestas por los protocolos de bioseguridad, ‘stand by’, mayor permanencia en obras, pérdida de rendimientos en los contratos que se encontraban en ejecución al momento de presentarse la situación de pandemia y lo por tanto solicitan que se restablezca el equilibrio económico del contrato.

Por ello, se busca desde la práctica jurídica prestar apoyo jurídico como estudiante de derecho al grupo de Soporte Legal y Contratación del Área de Asuntos Legales y Secretaría General de la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P, con la elaboración de un instructivo producto del análisis de las normas, doctrina y jurisprudencia para revisar bajo qué teoría procede el reconocimiento o no de los contratos de obra, dónde se hacen reclamaciones por la pandemia COVID-19 teniendo en cuenta el régimen aplicable en los contratos celebrados por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, que abarque las pautas, requisitos, soportes, fecha desde la cual se aplicaría el reconocimiento y cuál sería el alcance del reconocimiento, o los motivos por los cuales no habría lugar a reconocimiento alguno sino fuese este procedente. El instructivo se desarrollaría desde una perspectiva teórico-práctica para equilibrar las relaciones de las partes y dar una solución a la problemática con base en la

normativa vigente evitando hallazgos con incidencia fiscal por la Contraloría General de la República y minimizar los riesgos de eventuales litigios.

1.3 Objetivo general

Proporcionar apoyo jurídico al grupo de Soporte Legal y Contratación del Área de Asuntos Legales y Secretaría General de la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P mediante el análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial con base en las revisiones de los contratos de obra en los cuales sus contratistas de obra realizaron reclamaciones, para determinar las condiciones, los requisitos, los motivos, las pautas, fecha desde la cual se aplicaría y cuál sería el alcance del reconocimiento a los contratistas de ser pertinente o si por el contrario no es procedente, de modo que se logre plantear la solución a la problemática por reclamaciones de contratistas de obra en atención a las suspensiones de los contratos e implementación de protocolos de bioseguridad a causa de la pandemia del COVID 19, buscando evitar hallazgos con incidencia fiscal por contralorías y minimizar riesgos en eventuales litigios.

1.4 Objetivos Específicos

Estudiar las normas aplicables y sus referentes en la jurisprudencia y la doctrina sobre las teorías aplicables al reconocimiento económico en los contratos de obra entre un contratista y una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios por costos imprevistos.

Identificar las razones, requisitos, pruebas, soportes, momento desde el cual debe aplicarse y cuál sería el límite para el reconocimiento económico en caso de que sea o no procedente, en los contratos de obra de ESSA dónde están reclamando los contratistas por el aumento de los gastos de la obra por causa de la implementación de las medidas de bioseguridad dada la pandemia del COVID-19.

Apoyar al grupo de Soporte Legal y Contratación del Área de Asuntos Legales y Secretaría General de ESSA S.A E.S.P, en las reclamaciones por los gastos en los protocolos de bioseguridad, ‘stand by’, mayor permanencia en obras y pérdida de rendimientos en los contratos de obra en ejecución al momento de la pandemia COVID-19.

1.5 Metodología

Fase 1: Conocimiento de la empresa:

- a. Conocimiento de la empresa, especialmente en el área de contratación de la empresa ESSA y la problemática en la cual se basa el tema de la práctica empresarial.

Fase 2: Buscar y leer de documentos, libros y jurisprudencia colombiana para diseñar el marco teórico del proyecto.

- a. En esta etapa, se realizará una búsqueda de documentos, libros y jurisprudencia colombiana relativos a las teorías de los contratos de obra para la procedencia del reconocimiento económico al contratista cuando el contratante en una empresa prestadora de servicios públicos, detectando los que sean actuales y útiles para aplicar en la resolución del problema jurídico planteado en la empresa ESSA.
- b. Se procederá a dar lectura a los documentos encontrados relativos a la teoría aplicable al tema para generar con esta búsqueda el marco teórico del proyecto, y así tener la base con la cual realizar el estudio de las reclamaciones de los contratos de obra celebrados con la empresa ESSA donde han presentado alzas en los costos de la obra por motivo de las medidas de seguridad que deben implementarse para mitigar el contagio del COVID-19.

Fase 3: Analizar la doctrina y jurisprudencia colombiana escogida determinando la teoría aplicable en los contratos de obra.

- a. Para lograr aplicar la información encontrada en los documentos, se debe analizar la doctrina y jurisprudencia colombiana escogida que logre trazar el camino a la solución del problema jurídico planteado en la propuesta del proyecto de la práctica empresarial en ESSA.
- b. Teniendo como base los conocimientos adquiridos gracias a la doctrina y jurisprudencia colombiana, lograr determinar y dejar planteada la teoría aplicable para revisar el reconocimiento económico en los contratos de obra respecto al aumento de gastos por el contratista a causa de las medidas de seguridad que el gobierno ha exigido por el COVID-19, cuando el contratante es una empresa de servicios públicos. Determinando qué implica los gastos de las medidas de seguridad por la pandemia del COVID-19 en la construcción de las obras contratadas y qué requisitos existen para considerar que hubo un desequilibrio económico contractual y si es así, delimitar la base para saber la forma correspondiente de restaurar el equilibrio en el contrato.

Fase 4: Elaborar un instructivo que explique la teoría para determinar si se aplica o no el reconocimiento económico a los contratistas en los contratos de obra de ESSA en ejecución al momento de la pandemia COVID-19.

- a. Elaborar un instructivo en el que se identifiquen las razones, requisitos, pruebas, soportes, momento desde el cual debe aplicarse y cuál sería el límite para el reconocimiento económico en caso de que sea o no procedente, en los contratos de obra dónde están

reclamando los contratistas por el aumento de los gastos de la obra por causa de la implementación de las medidas de bioseguridad dada la pandemia del COVID-19.

Fase 5: Apoyar al grupo de Soporte Legal y contratación del área de secretaría general de ESSA SA. ESP en las reclamaciones de los contratos de obra por el COVID-19.

- a. Apoyar al grupo de Soporte Legal y Contratación del Área de Asuntos Legales y Secretaría General de ESSA SA. E.S.P revisando las reclamaciones por los gastos en los protocolos de bioseguridad, 'stand by', mayor permanencia en obras y pérdida de rendimientos en los contratos de obra en ejecución al momento de la pandemia.

2. Información sobre la empresa

2.1.Descripción de la empresa

ESSA (Electrificadora De Santander S.A) es una empresa dedicada al suministro de energía eléctrica en varios municipios de Colombia, principalmente en el departamento de Santander. Con dirección actual de carrera 19 # 24-56 en la ciudad de Bucaramanga, con NIT 890201230, constituida como una sociedad anónima.

Como propósito de ESSA, tiene sus acciones alineadas a los objetivos del grupo empresarial EMP, dado que ESSA es parte del mismo y buscan que haya armonía.

La proyección del Grupo EPM para el 2025 es crecer de manera sostenible e innovadora para prestar el servicio garantizado a todos los territorios, dando protección de 137 mil hectáreas de cuencas hídricas con una operación carbono neutral 'y generando \$12.6 billones de EBITDA.'

El grupo EPM es una empresa que se dedica a la prestación de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, saneamiento, gas y agua. EPM tuvo su primera etapa en 1955 brindando atención a los habitantes de Medellín. Es una empresa que se organizó con la figura de “Empresa Industrial y Comercial del Estado”, perteneciente al Municipio de Medellín. EPM se expandió para prestar los servicios domiciliarios a 123 municipios de Antioquia.

2.2. Historia de la empresa ESSA

En 1891 llegó la energía eléctrica a Santander gracias a los empresarios Julio Jones y Rinaldo Goelkel. En Chitota se ubicó la primera planta hidroeléctrica en Santander, mejorando la calidad de vida de los habitantes, al lograr el uso de nuevas máquinas y herramientas eléctricas. Siendo Bucaramanga después de Bogotá, la segunda ciudad de Colombia en contar con el servicio de energía eléctrica para, igualmente, suministrarla a la industria. Incluso, la empresa se convirtió en la primera en el país en dar luz incandescente para iluminar las casas.

En la época se pactaba el uso de unos bombillos de 16 vatios por un periodo de tiempo y para evitar superar la capacidad pactada se instalaba un limitador.

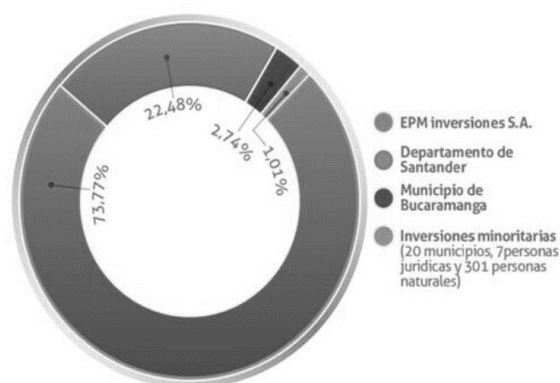
Entre 1920 y 1930 funcionaron aisladas y por privados, las plantas hidroeléctricas y otras plantas de motores de diesel que abastecía a 27 municipios de Santander. En 1927 se crea la compañía Penagos S.A y entra en funcionamiento tiempo después, una planta de energía en Zaragoza.

En 1947, por primera vez en Colombia se crea la central hidroeléctrica del Río Lebrija S.A, una empresa del sector eléctrico por asocio de la nación, del departamento y del municipio, liderado por Benjamín García y por el Estado.

En 1954, con capacidad para 9.000 kilovatios, se inaugura la primera etapa de la central hidroeléctrica del río Lebrija, en Palmas. Posteriormente para abastecer a las provincias, se construyen en Güepsa y la Cascada en San Gil, otras centrales y se adelantan otros proyectos en esa época, como la línea de transmisión de Barrancabermeja, puerto Wilches y Termobarranca.

En 1975, el 21 de julio se consolida ESSA, donde incluye la infraestructura existente hoy en día en García Rovira y en Lebrija zona sur, que comprendía la hidroeléctrica la cómoda, la empresa de energía hidroeléctrica del Socorro y la Cascada de San Gil. Desde allí se fue expandiendo la empresa. ESSA participó en la central hidroeléctrica del Sogamoso, contribuyendo en el diseño del proyecto hasta que ISSAGEN adquiere los derechos de ESSA en el proyecto y se compromete en su construcción.

En 2009 la Nación vende las acciones de ESSA a EPM, con un acuerdo que permitió que aumentara su participación accionaria de la Gobernación de Santander a un 22.48%. En 2021, cumple ESSA 150 años de prestar el servicio de energía eléctrica. Al ser vendidas las acciones del Gobierno Nacional en 2009, el Departamento de Santander modificó la participación accionaria a un 22. 48 % cuando antes había 14%.



Accionista	Acciones	Participación (%)
EPM Inversiones S.A.	11.234.852.204	73,77%
Departamento de Santander	3.423.186.802	22,48%
Municipio de Bucaramanga	417.730.860	2,74%
Inversionistas minoritarios	153.540.766	1,01%
Total	15.229.310.632	100%



2.3. Junta directiva de ESSA para el periodo 2020-2021

Principales:

Inés Helena Vélez Pérez – vicepresidente Transmisión y Distribución Grupo EPM.

Ana Milena Joya Camacho - Gerente Ambiental y Social Proyectos e Ingeniería EPM.

Gobernador de Santander

Suplentes:

Juan Carlos Duque Ossa - Gerente Transmisión y Distribución de Energía Región Antioquia

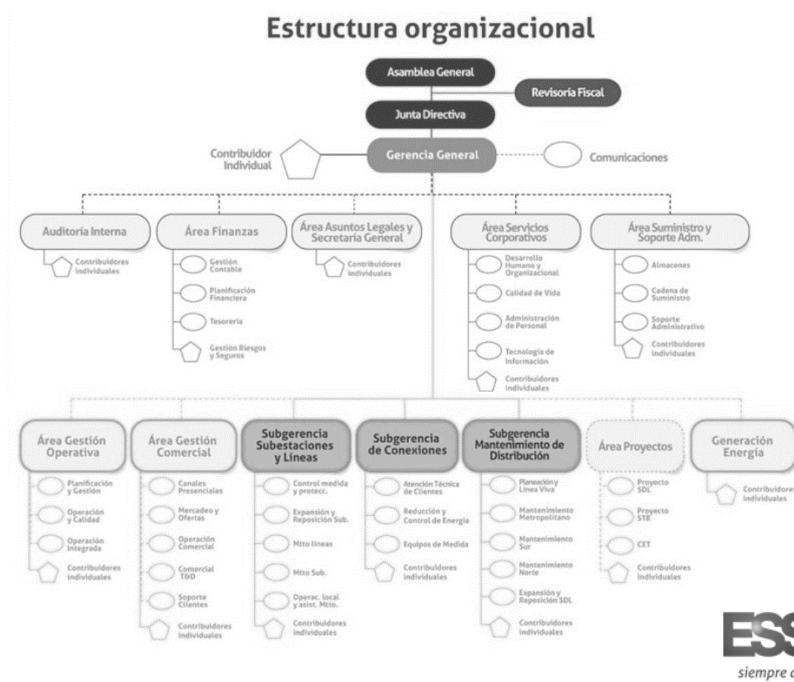
John Jairo Celis Restrepo - Gerente Proyectos Sistemas Transmisión

Jaime Rene Rodríguez Cancino - Secretario de Infraestructura Departamento de Santander

2.4. Trabajadores

En ESSA para el 30 de junio de 2019, cuenta con 998 trabajadores, con 99 de ellos a través de labor contratada y 899 de ellos vinculados con contrato indefinido.

2.5. Organización de la empresa ESSA



2.6. Área de Asuntos Legales y Secretaría General de ESSA S.A

Esta es el área en que se realizará la práctica empresarial como modalidad de grado, y teniendo en cuenta que la Ley 142 de 1994 determina que el régimen aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en materia contractual es el régimen privado, la Junta Directiva de ESSA expidió el Acuerdo 001 de 2015 relativo a los lineamientos para la contratación de ESSA.

2.7. Parámetros para la Contratación con la Electrificado de Santander S.A E.S.P

Todos los procesos de contratación, resultan de estudios previos en los que se determina la conveniencia y oportunidad de estos. En los estudios previos se hacen análisis técnicos, financieros, jurídicos, económicos. De esta manera se puede elaborar los documentos base para adelantar el proceso de contratación.

Se desarrolla la contratación según lo indicado por la Junta Directiva, la cual aprueba todas las disposiciones relativas a la contratación. En los planes de los negocios se describen unas necesidades, así como en las áreas de soporte y deben consolidarse en el proceso de planeación de la Cadena de Suministro con la elaboración del plan de compras. Igualmente, se debe establecer un mecanismo para hacerle seguimiento a la ejecución de la planeación.

2.7.1. Participación

Para que los interesados se puedan presentar, deben estar registrados y aprobados en el sistema de información de proveedores y contratistas definidos por la organización y aportar todo lo que ESSA requiera. Si cambian las condiciones que informaron cuando se inscribieron, deben los contratistas actualizar la información del sistema.

Se puede suspender de la inscripción por el tiempo que indique la norma, si está incurso en una causal de inhabilidad el proveedor.

Se cancela el registro porque lo solicita directamente el inscrito, allegándola a la entidad que administre el sistema de información y a ESSA. También se cancela si encuentran una alteración en los documentos del registro. Igualmente, por muerte del inscrito si es persona natural, o disolución de la persona jurídica, pero no puede haber pendientes de ejecución ante ESSA.

2.7.2. Selección del contratista

Las modalidades de selección del contratista son la solicitud pública de ofertas, solicitud privada de ofertas, solicitud única de ofertas. La solicitud pública de ofertas es para que cualquier

persona natural o jurídica que cumpla con los requisitos envíen ofertas y seleccionan a las más convenientes. En la solicitud privada, se invita a ciertas personas para que oferten, pero siempre que se cumplan con requisitos muy estrictos, como que máximo 5 proveedores sean los que puedan ofrecer lo que se necesitan ya que previamente se hizo un estudio de mercado, que así lo determinó.

En el caso en que solo un proveedor haga parte del proyecto de desarrollo de proveedores se podrá adelantar una solicitud de única oferta. También cuando exista en la región un solo proveedor con las indicaciones solicitadas, que pueda ser contratado. De la misma manera, cuando el contrato se celebre con aliados estratégico para el crecimiento de nuevas tecnologías que permitan ventajas competitivas. Igualmente, en los procesos de contratación social, si hay en el lugar de ejecución del contrato una sola junta de acción comunal. Otra manera de que se escoja al contratista por solicitud única de ofertas es en el caso de calamidades, fuerza mayor o caso fortuito. Así como la celebración de contratos de transporte nacional e internacional, agenciamiento de carga y almacenaje, entre otros.

Las ofertas deben presentarse conforme se describe en la solicitud de oferta y en el plazo que la misma indica.

Antes del inicio del proceso de contratación, para el proceso de selección se solicitan unos documentos como estudios, diseños, permisos, planos, proyectos, certificado de disponibilidad presupuestal, Certificado de Disponibilidad presupuestal, documentos de condiciones de solicitud de ofertas y licencias.

2.7.3. Autorización para dar inicio al proceso de contratación

Es necesario para que se pueda iniciar el proceso de contratación, que haya autorización del Trabajador competente, contando con un certificado de disponibilidad presupuestal y con todos los análisis especificados que son de gestión de riesgo, jurídicos, financieros, técnicos y económicos. En los procesos donde tiene competencia el comité de compras, debe este estar informado antes de que se autorice el inicio del proceso de contratación.

2.7.4. Publicidad de la actividad contractual

En Essa, todo lo referente a la publicidad de la actividad contractual se gestiona a través de un sistema de información corporativo de la página web www.essa.com.co. Es necesario aclarar, que en los casos que se tenga reserva legal la información, no estará publicada en la página web.

2.7.5. Estudio de ofertas

Se estudian las ofertas, cuando el plazo de presentarlas se venza. Se somete a análisis, evaluación y comparación para que se acepte, se declare desierto o termine el proceso contractual. Prima la sustancia sobre lo formal, en esta medida pueden subsanarse ciertos aspectos de la forma de la oferta. Se puede abrir una nueva etapa de recibimiento de ofertas, si consideran que pueden tener mejores condiciones, así solicitarán nuevas ofertas económicas a los oferentes en un tiempo establecido. Se evalúan igual que las ofertas iniciales.

2.7.6. Negociación directa

Puede realizarse la negociación directa, cuando hay una o más ofertas elegibles y consideran que pueden tener condiciones más favorables económicamente o de manera técnica de manera justificada. Con los oferentes pueden negociar directamente en las modalidades de solicitud única, privada y pública.

2.7.7. Informe de análisis y conclusiones

Es el que se debe elaborar antes de la etapa de recomendación de aceptación de ofertas que se envía a los oferentes, para que elaboren ellos un escrito con las observaciones pertinentes y se respondan dichas observaciones, pero no pueden los oferentes modificar o adicionar la oferta.

Posteriormente, se elabora el informe de recomendación de aceptación de oferta o declaratoria de desierto del proceso de contratación.

2.7.8. Suspensión y terminación del proceso de contratación

Si hay causas suficientes que motiven que se suspenda el proceso de contratación, lo puede hacer el trabajador competente que autorice el inicio. Posteriormente se puede reiniciar el proceso si desaparecen las causas que lo motivaron y las ofertas deberán mantener su validez. Esta no adquiere compromiso con los proponentes, hasta que no se perfeccione el contrato, a menos que en las solicitudes de ofertas indiquen otra cosa.

Si Esta pierde por algún motivo la competencia de aceptar la oferta o cotización, o si aparece un vicio que pueda generar nulidad de lo actuado, el trabajador competente termina el proceso de contratación.

La aceptación de la oferta o declaratoria de desierto del proceso de contratación, la hace el trabajador competente en el término de validez y debe informarse a todos los oferentes quien fue escogido. Cuando se declara desierto, es porque no se recibió ninguna oferta, ninguna fue válida o ninguna fue conveniente económicamente para la empresa.

2.7.9. Perfeccionamiento y formalización de los contratos

Ocurre cuando los oferentes seleccionados reciben la comunicación por escrito de que la oferta fue aceptada, pero si el contrato es solemne o real, se perfecciona cuando se entrega el bien o se cumple la solemnidad requerida.

2.7.10. Ejecución del contrato

Se inicia la ejecución del contrato, una vez se aprueben los documentos necesarios para la formalización del mismo. Solo en casos excepcionales, se puede iniciar la ejecución del contrato de manera anticipada sin estar aún formalizado, de ser así, se debe valorar el riesgo y el contratista debe tener aprobada la garantía que ampara el buen manejo.

Puede estipularse con el contratista, acuerdos sobre las obligaciones contractuales, gracias al principio de la autonomía privada, para que se cumpla el contrato con condiciones, descuentos por incumplimiento según el servicio, mecanismos de solución directa de controversias que surjan con relación a la ejecución del contrato, así como acuerdos por el incumplimiento parcial o total de las obligaciones a cargo del contratista. Incluso puede haber cláusulas penales.

En el contrato se establecen parámetros para determinar la manera como se modifica o se renueva el mismo según las normas de los contratos, con previa aceptación de las partes y las debidas justificaciones. Puede modificarse sobre el plazo, el valor u otras condiciones que no afecten el objeto contractual. De ser necesario, puede prorrogarse el contrato, pero sin sobrepasar los 3 años incluyendo el plazo inicial, pero si el contrato es de una obligación que supera el tiempo de 3 años, no se necesita autorización adicional, solamente debe justificarse e indicarse en la oferta o contrato. Puede a los contratos hacerseles adiciones, pero no por más

del 50% del valor inicial en salarios mínimos legales mensuales vigentes, pues de ser así, debe autorizarse por parte del Gerente. Todas las adiciones que se hagan al contrato deben incluirse en el informe de modificación en trámite y se consideran para el porcentaje límite permitido.

Por otro lado, puede renovarse el contrato para que de nuevo las partes se obliguen a las actividades que ya habían pactado según lo convengan.

Para financiar alguna de las etapas del contrato, se puede pactar un anticipo para cualquier tipo de contrato que se ejecute en Colombia. Este anticipo no podrá exceder del 20% del valor del contrato y en los contratos de obra puede ser hasta el 30%. Se entrega al contratista y debe reintegrarlo según los términos establecidos en el negocio a título oneroso, a menos que esté en las excepciones que establezcan. También se puede pactar el pago anticipado en cualquier tipo de contrato así los pagos se hagan en el exterior. Este es un pago que se hace al contratista como una contraprestación por los servicios que se compromete a entregar o realizar, sin que se haya ejecutado aún la prestación. Es importante entender, que no se puede pactar al mismo tiempo el anticipo y el pago anticipado. Estos pagos se entregan dentro de los 30 días hábiles posteriores a la aprobación de la garantía de anticipo o del pago anticipado.

Se solicitará el certificado del sistema de gestión de calidad conforme la norma ISO 9001 cuando sea necesario como requisito de participación para presentar con la oferta.

De otra manera, el contrato puede darse por terminado de manera anticipada por los motivos que se determinen en el documento de condiciones para la solicitud de ofertas, incluso como se indique en el contrato o los documentos del proceso de contratación. Se fundamenta en los artículos 1602 y 1546 del Código Civil conforme el artículo 870 del Código de Comercio, las partes pueden acordar que el contrato puede terminarse por incumplimiento grave, total o

parcial, de las obligaciones. Debe siempre garantizarse el debido proceso y el derecho de contradicción.

2.7.11. Gestión integral de los riesgos del contrato

Según la etapa contractual, se debe hacer un análisis y control de los riesgos asociados al objeto del contrato, para que se reduzca la probabilidad de la aparición de estos proponiendo mecanismos eficaces para el desarrollo óptimo del contrato y que, en caso de aparecer riesgos, se logren mitigar.

En este orden de ideas, se debe evaluar en cada área para establecer garantías o seguros para cubrir los riesgos precontractuales, contractuales y poscontractuales derivados del cumplimiento de las obligaciones de cada una de las etapas.

2.7.12. Liquidación de los contratos

Dentro de los 180 días calendario luego de terminado el plazo de la ejecución del contrato como lo indica la solicitud de oferta, la liquidación procederá de común acuerdo entre las partes. Se puede acordar en esta etapa los ajustes, revisiones, reconocimientos y transacciones que deben darse. Puede aumentarse hasta 365 días calendario el tiempo de liquidación, si se justifica. Si no se logra llegar a un acuerdo para liquidar el contrato, se elabora un documento donde conste el estado de cierre de cuentas y se tomarán las medidas que sean necesarias para que se cumpla con las obligaciones y exigir los derechos necesarios.

3. Marcos de referencia

3.1. Marco de antecedentes jurídicos

3.1.1. Art 365 Constitución Política de Colombia

Se garantizan muchos derechos fundamentales, a través de la garantía y prestación de los servicios públicos la manera, los cuales son estos inherentes a la función social del Estado de Derecho. Por lo tanto, el Estado debe asegurar la prestación de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional y que sea este servicio eficiente.

Los servicios públicos pueden ser prestado por el Estado, de manera directa o indirecta, también por las comunidades organizadas, o los particulares. Pero, el Estado es el encargado de regular lo relativo a estos servicios, e igualmente debe ejercer el control y la vigilancia de estos.

3.1.2. Artículo 2053 del Código Civil

Señala este artículo que el contrato de obra es de venta, si el operario o contratista suministra la materia para la confección de la obra material. La manera de perfeccionarse este contrato es por medio de la aprobación del contratante. El contrato de obra corresponde a arrendamiento, si el contratante proporciona la materia

3.1.3. Art 868 Código de Comercio

Teniendo en cuenta la teoría general de los contratos, cuando hay circunstancias imprevisibles o extraordinarias, posteriores a la celebración de los contratos que son de ejecución sucesiva o periódica y que dificulte a alguna de las partes el cumplimiento de la prestación, aumentando la onerosidad del contrato, puede solicitarse la revisión del contrato.

3.1.4. Ley 142 de 1994 modificado por la Ley 689 de 2001

Esta norma es la correspondiente al régimen de los servicios públicos domiciliarios. En esta Ley se señalan los servicios públicos esenciales, así como se determinan los instrumentos de intervención estatal para dichos servicios. Los municipios, deben asegurar el correcto funcionamiento de la prestación de los servicios públicos de aseo, energía eléctrica, acueducto, telefonía y alcantarillado brindados por las empresas prestadoras de servicios públicos. Pueden ser estas empresas de carácter privado, público o mixto. El objeto de la empresa prestadora de servicios públicos, conforme lo indica el artículo 18 de esta Ley, es prestar uno o varios servicios públicos o realizar alguna actividad complementaria.

Los contratos que se celebren con las entidades estatales que se encargan de prestar servicios públicos de la ley 142, no están sujetas a las normas del Estatuto General de Contratación Pública, gracias a lo señalado en el artículo 31, a menos que la ley lo indique específicamente.

Según el artículo 32 de la ley 142 de 1994, se rigen por reglas del derecho privado los contratos y actos que celebren las empresas de servicios públicos, con excepción de los casos señalados en la ley y la Constitución. Igualmente, se consagra en el artículo 132, que el régimen legal del contrato de servicios públicos se rige por lo señalado en el Código Civil, Código de Comercio, la ley 142, por las condiciones que indiquen las empresas de servicios públicos y por las cláusulas que se acuerden con los usuarios. Del mismo modo, los contratos se rigen por el derecho privado, conforme el párrafo del artículo 139 y se indican las excepciones también.

3.2. Marco conceptual

3.2.1 CONTRATO DE OBRA. Acto jurídico, en el cual se obliga una parte a realizar una obra material específica con otra y a cambio de una remuneración, en la cual no está la persona supeditada a subordinación alguna, ni representación. Se asimila el contrato civil de construcción por la ley y por la jurisprudencia como un contrato de arrendamiento de obra, que se caracteriza por ser consensual, oneroso, es un contrato principal de tracto sucesivo y conmutativo, es decir se paga un dinero cierto al contratista conforme por realizar la obra para mantener un equilibrio, igualmente porque el objeto de la prestación de las partes es determinada o determinable siempre gracias a unos parámetros previstos en el contrato y no se sabe en hechos del futuro que son inciertos (teoría de la imprevisión) (Arce, 2003).

3.2.2 CONTRATISTA. El diccionario panhispánico del español jurídico define al contratista como aquel empresario que está calificado para celebrar contratos con entidades públicas, ya que cumple con los requisitos impuestos por las normas vigentes sobre contratación con la Administración Pública y no estar incurso en alguna de las condiciones que impiden contratar con el Estado conforme el régimen de incompatibilidades e inhabilidades (Diccionario Panhispánico del español jurídico, 2020). Luego de un proceso de selección, se escoge de manera imparcial y transparente al contratista que va a realizar las labores indicadas y especificadas en el pliego de condiciones.

En la Ley 142 de 1994 se encuentra en el artículo 14 varios conceptos importantes que ayudarán a analizar e interpretar lo que se refiere a los servicios públicos domiciliarios y la aplicación de la ley.

3.2.3 ACOMETIDA. Es la derivación desde la caja de inspección hasta el colector de la red local en los casos del alcantarillado. Se define también como la derivación de la red local que llega hasta el inmueble, pero en el caso de los conjuntos o propiedades horizontales, esta acometida va hasta el registro de corte general.

3.2.4 ACTIVIDAD COMPLEMENTARIA DE UN SERVICIO PÚBLICO. Son actividades que se entienden parte de la ley, y en la ley se mencionan servicios públicos sin mayores especificaciones, se entienden esas actividades también incluidas.

3.2.5 EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL. Corresponde a la empresa que tiene un capital del 100% de los aportes de la Nación, entidades territoriales o entidades descentralizadas.

3.2.6 EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Esta empresa se caracteriza porque su capital está conformado por los aportes iguales o superiores al 50% de la Nación, entidades territoriales o entidades descentralizadas.

3.2.7 EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. En esta empresa el capital es mayoritariamente de particulares o entidades de convenios internacionales que se sometan a las reglas que siguen los particulares.

3.2.8 ESTRATIFICACIÓN SOCIOECONÓMICA. Son clasificaciones que se les designan a los inmuebles residenciales de los municipios según las directrices que la ley ordena.

3.2.9 SERVICIOS PÚBLICOS. Aquellos a los que se les aplica la Ley 142, bien sea servicios o actividades complementarias.

3.2.10 SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Conformados por servicios de alcantarillado, aseo, gas, acueducto, energía eléctrica, teléfono público.

3.2.11 SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA. Se define como el servicio donde se transporta energía eléctrica a los usuarios desde las redes regionales de transmisión, se conecta y se mide. Además, se incluye la comercialización, interconexión, transformación.

3.2.12 SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. Se le llama así o Superintendencia y está adscrita al Ministerio de Desarrollo esta persona de derecho público.

3.2.13 USUARIO. Es aquel que se beneficia del servicio público que se le prestó por ser propietario o receptor directo del servicio, el cual es llamado también consumidor, sea persona natural o jurídica.

3.2.14 PLAN DE EXPANSIÓN DE COSTO MÍNIMO. Estos planes se hacen para garantizar la calidad y confiabilidad del suministro de los servicios, que pueden ser a mediano y largo plazo, y generan con buena posibilidad técnica, económica, y ambiental que se minimicen los costos de expansión del servicio.

3.2.15 PRESTACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS POR UN MUNICIPIO. Es cuando un municipio presta de manera directa los servicios, bajo su personalidad jurídica, con sus propios funcionarios y su patrimonio.

En la sentencia del Consejo de Estado con referencia 25000-23-26-1998-01474-01(22756) del año 2012, se describe ciertos conceptos importantes para el análisis de la teoría del riesgo en los contratos de obra que se rigen por las normas civiles y comerciales:

3.2.16 HECHO EXTRAORDINARIO. Se define como aquellos hechos que no son normales, ordinarios, naturales, usuales, habituales, lógicos, comunes o corrientes que ocurran,

teniendo en cuenta las circunstancias, antecedentes, la ciencia o la situación específica con las reglas de la experiencia.

3.2.17 HECHO IMPREVISIBLE. Es aquel evento que no puede preverse según la capacidad de previsión de manera razonable y objetiva.

3.2.18 HECHO IMPREVISTO. Es el hecho que no se anticipadamente no lo previó el sujeto en su profesión u oficio, en su diligencia o cuidado razonable

3.2.19 NATURALEZA JURÍDICA DE UN CONTRATO. Corresponde a la manera como se encauzan las disposiciones contractuales con base en la norma jurídica, la intención de ambas partes, la costumbre, buena fe y equidad natural. Según el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en la sentencia del 17 de mayo de 2007, expediente AP-369, con ponencia del consejero Ramiro Saavedra Becerra indican que:

'La naturaleza jurídica de un contrato puede definirse como el cauce sobre el cual transcurre la corriente de las disposiciones contractuales, las cuales tienen como afluentes a las normas jurídicas, la común intención de las partes, la buena fe, la costumbre y la equidad natural. Al nacimiento de esa corriente concurre la causa, en el recorrido de la misma y en su desembocadura están presentes los efectos, y hacen las veces de dique, para impedir su desbordamiento, las normas imperativas. El cauce ha sido construido sobre bases prácticas primero, y dogmáticas después, para, posteriormente, ser consagrado positivamente en diferentes períodos de la evolución jurídica, y moldeado en función de las necesidades materiales de los particulares y del Estado'.

4 Cronograma

ACTIVIDAD	Agosto	septiembre	octubre		Noviembre	Diciembre	Enero		Febrero
Días	18 a 31	1 a 30	1 a 15	16 a 31	1 a 30	1 a 31	1 a 15	16 a 31	1 a 17
<i>Describir Actividad 1. Reconocimiento de la empresa ESSA.</i>									
<i>Describir Actividad 2. Buscar y leer de documentos, libros y jurisprudencia colombiana para diseñar el marco teórico del proyecto</i>									
<i>Describir Actividad 3. Analizar la doctrina y jurisprudencia colombiana escogida determinando la teoría aplicable en los contratos de obra</i>									
<i>Describir Actividad 4. Elaborar un instructivo en el que se identifiquen las razones, requisitos, pruebas, soportes, momento desde el cual debe aplicarse y cuál sería el límite para el reconocimiento económico en caso de que sea o no procedente, en los contratos de obra</i>									

<i>Describir Actividad 5. Apoyar al grupo de Soporte Legal y Contratación del Área de Asuntos Legales y Secretaría General de ESSA SA. E.S.P revisando las reclamaciones en los contratos de obra en ejecución al momento de la pandemia.</i>									
---	--	--	--	--	--	--	--	--	--

5. Actividades que fueron desarrolladas en la práctica jurídico empresarial

5.1. Primer informe

5.1.1. Introducción

En la empresa Electrificadora de Santander S.A E.S.P a causa de la pandemia del año 2020 por los múltiples problemas del COVID-19, se han presentado reclamaciones por parte de los contratistas de obra, quienes alegan desequilibrio económico de sus contratos ya que tuvieron que suspender un tiempo las construcciones que estaban llevando a cabo de los contratos celebrados con la Electrificadora, bien sea estas obras de construcción y/o mantenimiento de redes eléctricas así como modernización de las plantas principales de energía para aumentar la cobertura del servicio de energía eléctrica para la comunidad o garantizar la sostenibilidad de dicho servicio.

De la misma manera, para dar reinicio a los contratos celebrados, por disposición de la Ley, los contratistas tuvieron que implementar protocolos de bioseguridad de modo que se dispuso la

implementación de protocolos de higiene, instalaciones de lavamos, suministro de insumos e implementos a los trabajadores como tapabocas, guantes, caretas, así como modificar la estructura operativa de cada proyecto cambiando los horarios de trabajo, intercalando trabajadores, pagando transportes diferentes a la propuesta inicial a raíz de la cantidad de pasajeros que pueden transportarse en un vehículo por causa del COVID-19. Por lo cual, insisten los contratistas, que se han elevado los costos de las obras pactadas y exigen que la empresa ESSA, pague todo aquello demás que surgió por la pandemia.

ESSA es una empresa sometida al régimen de contratación privado conforme el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 y al control fiscal que realiza la Contraloría General de la República, de esta manera la empresa debe respetar los principios consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Nacional en todas sus actuaciones, siendo necesario que se valide la procedencia de las reclamaciones de los contratistas, los documentos que soportan las reclamaciones y la veracidad de las mismas y determinar a quién le corresponde asumir los sobrecostos por la pandemia del COVID-19.

En consecuencia, a través de este trabajo se pretende analizar el régimen aplicable así como determinar la teoría procedente conforme un análisis teórico práctico de las normas, la doctrina y la jurisprudencia, apoyando al equipo de Soporte Legal Contratación del Área de Asuntos Legales y Secretaría General de ESSA con la revisión de los contratos de obra celebrados por ESSA, para determinar si existe desequilibrio económico en los contratos de obra celebrados con la Electrificadora de Santander S.A E.S.P gracias a la implementación de los protocolos de bioseguridad por el COVID-19, así como delimitar los aspectos y requisitos a tener en cuenta

en cada caso para determinar la procedencia de los reconocimientos del restablecimiento del equilibrio financiero, de haberse alterado este. Lo cual se realizará a través de la elaboración de un instructivo que aborde la temática.

En este sentido la entrega de cada informe contendrá el desarrollo de un objetivo de la práctica empresarial, así como las tareas del apoyo que realizo en el área de Asuntos Legales y Secretaría General en la Electrificadora de Santander S.A E.S.P. El primer informe a presentarse corresponde la descripción del régimen de las empresas de servicios públicos domiciliarios, la indicación de algunos aspectos que permitan aterrizar el tema de la pandemia y la definición del contrato de obra. Igualmente, en este informe se determinará la teoría aplicable, que sirva de fundamento para dar respuesta a las reclamaciones presentadas por los contratistas de obra, a causa de los inconvenientes económicos por la pandemia del COVID-19. El segundo informe estará conformado por descripciones normativas como consecuencia de los hallazgos doctrinales acerca de la teoría aplicable. En este informe se explicará también, los análisis jurisprudenciales de aquellas sentencias que traten el tema de reclamaciones de contratistas por desequilibrios económicos no previstos en el contrato y posteriores a su celebración.

El tercer informe corresponderá a la explicación del apoyo dado en Soporte Legal Contratación en el área de Asuntos Legales y Secretaría General en ESSA sobre las respuestas para los casos de reclamaciones presentadas a ESSA por contratistas de obra para que se les reconozca ciertos dineros gastados demás en la ejecución de los contratos de obra por los protocolos de bioseguridad y otros percances con motivo del COVID-19. El cuarto informe es el contenido del instructivo base con los requisitos para dar solución a dicha problemática.

5.1.2. Descripción de la pandemia a causa del virus COVID-19

La expansión masiva de un nuevo tipo de virus inició con despreocupación por la mayoría de las personas, puesto que pensaban que solamente se trataba de una gripa leve o que los medios exageraban a cerca de sus consecuencias. Esta reacción se debe a la falta de información que se tenía a cerca de este nuevo virus, el SARS CoV2. Todo cambió, cuando llegaron las noticias de grandes cantidades de fallecimientos de personas infectadas por el virus SARS CoV2. Como consecuencia, la preocupación de las personas asciende, aún más, al saber que este virus se contagia muy fácilmente entre las personas y por la llegada a América Latina de extranjeros que presentaron síntomas respiratorios, los cuales dieron positivo en la prueba del COVID-19.

En este orden de ideas, inicia la expansión de un nuevo tipo de coronavirus, que causa en su aspecto más grave, una neumonía en las personas. El primer conocimiento que se tuvo de la llegada de este tipo de virus fue en Wuhan, China en diciembre de 2019; Unas personas fueron identificadas con neumonía sin una causa específica, pero estaban vinculados con trabajadores del mercado de mariscos en Wuhan (Pérez, et al.; 2020). Desde China se fue expandiendo el COVID -19 en diversos países, llegando a veintitrés países para el mes de febrero aproximadamente (Varsi et.al., 2020).

El COVID-19 hace parte de una familia grande de virus llamados coronavirus, que infectan a humanos y animales. El tipo de coronavirus que causa el COVID-19 es el ‘coronavirus 2 del síndrome respiratorio agudo severo (SARS-CoV-2)’ y no se conocía la enfermedad ni el virus antes del brote presentado en Wuhan, China. La consecuencia de esta infección en los humanos, es el padecimiento de infecciones respiratorias, que pueden ser leves o graves. De esta manera, puede causar desde un resfriado sencillo en quien se infecte, hasta una enfermedad respiratoria

grave como el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS) y el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS), teniendo el virus una tasa de mortalidad de 4,48% (Pérez, et al.; 2020)

Este coronavirus 2 puede que produzca o no síntomas. Cuando produce síntomas, generalmente son similares a los de la gripe, los cuales son mialgia, fatiga, disnea, fiebre y tos. Dentro de los síntomas más característicos se encuentra la pérdida del olfato y gusto, sin mucosidad. Cuando los síntomas se tornan graves, puede producirse sepsis, síndrome de dificultad respiratoria aguda, neumonía y choque séptico, incluso puede producir este virus la muerte, la cual le ocurre a un promedio del 3% de las personas infectadas (Pérez, et al.; 2020).

Por lo tanto, se ha descubierto que las formas graves de la enfermedad se ven de manera recurrente en las personas de edad avanzada con presencia de comorbilidades y del género masculino. Las personas con antecedentes de enfermedades cardiovasculares, hipertensión, diabetes, inmunodeficiencias, enfermedades respiratorias, hepáticas o renales crónicas; tienen mayor asociación con presentar cuadros clínicos severos al contagiarse de COVID-19 (Plascencia-Urizarri et., al, 2020).

La organización mundial de la salud encendió las alarmas por la propagación masiva de la enfermedad, declarando el 30 de enero de 2020 la emergencia sanitaria a nivel internacional. El crecimiento de los fallecimientos a nivel mundial llegó a 95.044 personas para abril de 2020, con 182 países que reportaron casos positivos de COVID-19 (Pérez, et al.; 2020).

La forma de contagio del virus entre las personas, es a través del contacto directo de secreciones de una persona infectada, es decir, contacto con gotas respiratorias que pueden transmitirse en dos metros aproximadamente. También puede contagiarse una persona sana, si sus ojos, nariz o boca tienen contacto con manos u objetos contaminados por estas gotas. Incluso, se ha podido

detectar el virus en el aire de habitaciones de pacientes hospitalizados. Por ello, la fase más contagiosa es la sintomática, es decir, cuando la persona libera secreciones respiratorias. El periodo de incubación del virus puede durar entre 4 y 7 días, pero en la mayoría de los casos dura 13 días, existiendo reportes de China que comprueban la duración de este periodo hasta por 14 días (Pérez, et al.; 2020).

Por consiguiente, el COVID-19 se contagia de forma rápida y puede atacar la salud de las personas de manera leve o grave. A pesar de que las personas con comorbilidades son las más expuestas a tener complicaciones o morir, se debe tener en cuenta que, sin discriminación alguna, este virus puede enfermar gravemente a pacientes jóvenes, llegando incluso a matarlos. Es así cómo, a través de los cuidados y mitigaciones del virus, se busca disminuir la expansión mientras se logra vacunar a toda la población y erradicar o, por lo menos, controlar los daños excesivos a la salud.

5.1.3. Régimen de los contratos celebrados por empresas prestadoras de servicios públicos

El año 2020 ha sido el inicio de muchos cambios económicos y sociales, los cuales han traído diversas preguntas sobre el manejo de relaciones jurídicas en el ámbito laboral, financiero, comercial, contractual, entre otros. Esto se debe a una nueva situación, en la cual, mayoritariamente se han regulado las relaciones de los ciudadanos a través de decretos presidenciales, para controlar el crecimiento de la pandemia COVID-19, preservando la vida y salud de los habitantes de Colombia. Como consecuencia, a principios de marzo se restringieron diversos derechos, como la libertad de locomoción y el derecho al trabajo consagrados en los artículos 24 y 25 de la Constitución Política respectivamente, a través del Decreto 457 de 2020,

el cual ordenó el aislamiento preventivo obligatorio desde el 25 de marzo de 2020 hasta el 13 de abril de 2020. Con este decreto, todas las personas debían recluirse en los hogares tomando clases de forma virtual y laborando de manera remota, de ser posible.

Posteriormente, a través del Decreto 531 de 2020 expedido el 8 de abril de 2020, se dio apertura a ciertos sectores para que continuaran con sus labores, implementando excepciones a las limitaciones de circulación en el territorio nacional. De esta manera en el artículo 3 se permitió la reactivación de las obras públicas y de infraestructura.

Eventualmente, el Gobierno Nacional a través del Decreto 531 de 2020, no solamente dio el aval para continuar con la ejecución de las obras públicas suspendidas a causa de la pandemia del covid-19, sino que condicionó dicho reinicio especificando cuales son los controles y protocolos de bioseguridad que deben seguirse para el correcto funcionamiento de las labores en las construcciones protegiendo a los trabajadores. Por lo tanto, se expide la Resolución número 666 y 682 del 24 de abril de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, regulando el protocolo general de bioseguridad para la prevención y control del riesgo del virus COVID-19 y el protocolo en las construcciones de edificaciones.

Para dar cumplimiento a los lineamientos indicados en la resolución 682 de 2020, deben los contratistas suministrarles a los trabajadores tapa bocas, guantes y caretas para uso permanente, igualmente debe implementarse protocolos de higiene, instalarse lavamanos, modificarse la estructura operativa en cada proyecto para coordinar los horarios de trabajo y no sobrepasar el aforo permitido, conforme las regulaciones consagradas en la Resolución. La Electrificadora de Santander S.A E.S.P reinició las actividades de construcción de obras consistentes en construcción y/o mantenimiento de redes eléctricas así como modernización de las plantas principales de energía para aumentar la cobertura del servicio de energía eléctrica para la

comunidad o garantizar la sostenibilidad de dicho servicio, con la solicitud previa a los contratistas de que se implementaran los protocolos de bioseguridad establecidos por el Gobierno Nacional para mitigar el contagio del virus SARS COV 2.

La Electrificadora de Santander S.A ESP, es una empresa prestadora de servicios públicos mixta de nacionalidad colombiana, constituida como sociedad por acciones, del tipo de las anónimas. ESSA se encuentra sometida al régimen general de los servicios públicos domiciliarios y ejerce sus actividades dentro del ámbito del derecho privado como empresario mercantil. Respecto a la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios, tienen un régimen jurídico especial de carácter mixto, integrado por reglas de derecho privado y excepcionalmente por reglas de derecho público, conforme la Ley 142 de 1994, la cual establece el régimen de servicios públicos domiciliarios.

La participación accionaria de entidades públicas, como lo son el Municipio de Medellín y la Gobernación de Santander, conjuntamente con particulares, hacen que la Electrificadora de Santander S.A E.S.P sea una empresa mixta y descentralizada. Las empresas de servicios públicos mixtas, conforme el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, se caracterizan por tener un capital igual o superior al 50% correspondiente a aportes de la Nación, entidades territoriales o entidades descentralizadas de estas.

Respecto al concepto de descentralización, en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, se expone que están dentro de la categoría de entidades descentralizadas de orden nacional: Las empresas industriales y comerciales del Estado, las superintendencias, las sociedades públicas, las sociedades de economía mixta, los establecimientos públicos, las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas oficiales de servicios públicos, las empresas sociales del Estado y todas las entidades creadas por la ley o con autorización de la ley que

tengan como objeto principal ejercer funciones administrativas, prestar servicios públicos o realizar actividades industriales o comerciales con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. Igualmente, estas entidades están sujetas al control político y dirección del órgano de la administración al cual están adscritas, a pesar de tener autonomía administrativa.

Las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales adscritas a las entidades territoriales, como es el caso de Empresas Públicas de Medellín E.S.P o EMP, tienen el carácter de descentralizadas de primer nivel. Igualmente, pueden tener estas empresas participación en otras empresas de servicios públicos, como ESSA, las cuales tendrían el carácter de entidades descentralizadas, pero de segundo nivel, toda vez que en ambos casos dichas empresas cumplirían con los presupuestos enunciados en el artículo 68 antes citado, referente a que cuentan con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

Empresas Públicas de Medellín E.S.P, es una empresa prestadora de servicios públicos organizada como Empresa Industrial y Comercial del Estado. El artículo 85 de la Ley 489 de 1998 explica que este tipo de empresas, desarrollan actividades de naturaleza comercial o industrial con base en las reglas del derecho privado, con las excepciones que establezca la ley. Una empresa industrial y comercial del Estado se caracteriza por tener personería jurídica, autonomía financiera y administrativa, ya que se maneja con capital y decisiones propias. Por lo tanto, tiene capital independiente que se constituye con fondos públicos comunes o bienes públicos, o por lo que perciben de la actividad de la prestación de servicios públicos. Este capital se puede representar en acciones o en cuotas.

Por ello, es importante explicar lo relativo al régimen que cobija a las empresas públicas domiciliarias, para saber qué normas son las que cubren las relaciones, actos y contratos

celebrados por estas entidades, y lograr aclarar poco a poco el camino de la búsqueda de la teoría, que dé solución a las reclamaciones de los contratos de obra que estaban ejecutándose y se vieron afectados por un desequilibrio financiero, a causa de mayores gastos producto de la pandemia del COVID-19. Se tiene como base normativa sobre la regulación de los servicios públicos, las leyes 142 de 1994, 143 de 1994 y la Ley 689 de 2001. Y en caso de existir algún vacío normativo en estas leyes, en el ámbito de servicios públicos, debe acudir al Código Civil y al Código de comercio dado lo consagrado en el artículo 132 de la Ley 142 de 1994 (Superintendencia de Servicios Públicos, 2017).

En este orden de ideas, el Consejo de Estado describe que las empresas públicas de servicios domiciliarios son sociedades por acciones que tienen como finalidad prestar los servicios públicos según el artículo 17 de la Ley 142 de 1994. Igualmente, las empresas prestadoras de servicios públicos que no deseen que el capital esté representado en acciones, deben adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado. Siendo así, que la naturaleza de las empresas de servicios públicos es pública (Consejo de Estado, sentencia 11001-03-27-000-2009-00042 00(17907), 2012). A pesar de esto, se rigen los actos y contratos de empresas prestadoras de servicios públicos, por las reglas del derecho privado conforme el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, sin atender a la naturaleza del acto, el derecho que se ejerza ni al porcentaje de los aportes que represente las sociedades en las que las entidades públicas sean parte. En el mismo sentido, en el párrafo del artículo 39 de la misma Ley se establece que los contratos que celebren todas las empresas de servicios públicos son exclusivamente lo establecido en las reglas del derecho privado, excepto los señalados específicamente en ese artículo (Superintendencia de Servicios Públicos, 2017).

El derecho público, se aplica en estos contratos de manera excepcional en lo establecido por la misma ley o por disposición constitucional según el artículo 31 de la Ley 142. Por ello, la norma indica que los contratos que se celebren entre entidades territoriales y empresas de servicios públicos para que asuman la prestación de los servicios públicos o sustituyan la prestación de otra empresa por liquidación o disolución de alguna empresa, se regirán por el Estatuto General de la Administración Pública y el proceso de selección se realiza por licitación pública (Superintendencia de Servicios Públicos, 2017).

Igualmente, la importancia de los servicios públicos domiciliarios es tal, que en la misma constitución política se ha reconocido como inherente a la finalidad del Estado Social de Derecho, que busca satisfacer las necesidades básicas de la población. En este sentido, existe la obligación constitucional de asegurar la prestación de los servicios públicos de manera eficiente y de calidad. Pueden participar en la prestación de estos los particulares, comunidades organizadas y el Estado, siendo este último el que vigila y controla el correcto servicio (Superintendencia de Servicios Públicos, 2017). Es así como se establece en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que las entidades prestadoras de servicio público, a pesar de ser entidades estatales que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deben aplicar en el desarrollo de las actividades contractuales que realicen, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de los artículos 209 y 267 de la Constitución Nacional. De la misma manera, están sometidas dichas entidades al régimen de inhabilidades e incompatibilidades del régimen de contratación estatal (Superintendencia de Servicios Públicos, 2017).

En consecuencia, debe velarse por la protección de los principios de transparencia y libre concurrencia de los contratistas, para garantizar la libre competencia del artículo 42 de la Ley

142 de 1994. En esta medida, el artículo 35, subraya que las comisiones de regulación podrán exigir que se celebren los contratos previa licitación pública u otros procedimientos que permitan la concurrencia de los oferentes sin desigualdad, ya que las empresas de servicios públicos con posición dominante en un mercado con actividad principal de distribución de bienes o servicios provistos por terceros, deben adquirir el bien o servicio que distribuyen por procedimientos que aseguren la concurrencia de contratistas en condiciones similares. Eventualmente, se indica por la Superintendencia de Servicios Públicos, que para determinar la posición dominante de una empresa de servicios públicos se revisa que ésta sirva al 25% o más de los usuarios del mercado. (Superintendencia de Servicios Públicos, 2017).

Por lo anterior, es preciso concluir que las filiales en Colombia del Grupo EPM son entidades descentralizadas de segundo nivel, en consecuencia, hacen parte de la Rama Ejecutiva del poder público, aunque dispongan de un régimen contractual privado, dicho régimen les ha sido atribuido por disposición legal con la finalidad de desarrollar su objeto social bajo un esquema de competencia comercial.

5.1.4. Jurisdicción competente

Tenemos que el Juez natural de todas las controversias en los actos o contratos de entidades públicas es el Juez Contencioso Administrativo, así lo dispone el artículo 82 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA, pero debe revisarse la naturaleza jurídica de cada acto para determinar la jurisdicción conforme los demás prestadores. Al modificarse el artículo 82 del CPACA, se definió la competencia según el criterio orgánico, en el cual se determina que la jurisdicción contencioso administrativo, conoce de todas las controversias de litigios en que las partes sean entidades públicas. Se deroga así el

art 132 numeral 5 y el artículo 134B numeral 5 del Código Contencioso Administrativo (Superintendencia de Servicios Públicos, 2017).

Igualmente, la Sala Plena del Consejo de Estado con fecha del 23 de septiembre de 1997, indica que las empresas pueden dictar actos administrativos que son susceptibles de recursos y acciones contencioso administrativas, como negar la celebración de un contrato de servicios públicos o los actos que ordenan la suspensión o terminación del servicio y la facturación de este (Superintendencia de Servicios Públicos, 2017).

5.1.5. Vigilancia de las empresas de servicios públicos domiciliarios

Las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, tienen cierta autonomía con los límites que impone la Ley, y no pueden ir en contra del objeto de la Ley de servicios públicos. Las decisiones que tomen estas empresas, deben ser las más adecuadas para buscar la prestación óptima de los servicios, garantizando la libre competencia y evitando el abuso de contratar con determinados contratistas a causa de la posición dominante. En este sentido, los procedimientos, al estar autorregulados, garantizan que concurren terceros. Es esto, una herramienta que ayuda a mejorar la calidad y fomenta que haya competitividad en las empresas prestadoras del servicio, optimizando la funcionalidad de las empresas, protegiendo los derechos de los accionistas y contrarrestando el riesgo operacional (Superintendencia de Servicios Públicos, 2017).

Para evitar que dicha autonomía se torne abusiva del derecho, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es la entidad que vigila, inspecciona y lleva el control de las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, según el artículo 79 de la Ley 142. A pesar de ser

quien vigila, gracias a una modificación de la norma, ya no deben estas empresas prestadoras de servicios públicos someterse a la aprobación previa de estas entidades de vigilancia, para realizar actos o tomar decisiones. Gracias a esto, se evita que se dilate la actividad contractual, dado que la naturaleza del régimen de servicios públicos es comercial para prestar dichos servicios, los agentes económicos tienen la garantía de la igualdad competitiva y así se evita preferencias (Superintendencia de Servicios Públicos, 2017).

Existe también, una vigilancia fiscal conforme lo dispuesto en el artículo 267 de la Carta Política, que se les realiza a las empresas prestadoras de servicios públicos por parte de la Contraloría General de la República. Reza este artículo, que la Contraloría es la encargada de ejercer la función pública del control fiscal, para vigilar la gestión fiscal tanto de la administración, como de particulares o entidades que manejen bienes públicos.

Es así como la Corte Constitucional en la sentencia C-167 de 1995, explicó que el objeto de la Contraloría correspondía a la vigilancia de los bienes públicos, así sea que los administren particulares, lo cual incluye a las empresas prestadoras de servicios públicos. A pesar de que, en pro de la descentralización, estas empresas se puedan constituir como privadas o públicas, la contraloría realiza gestión fiscal sobre las empresas prestadoras de servicios públicos, para asegurar que se sujeten a las disposiciones legales en el manejo de sus bienes. El motivo de dicha vigilancia es el hecho de recibir o haber recibido dinero de la Nación.

La Ley 142 de 1994, estableció la vigilancia del control fiscal sobre las empresas prestadoras de servicios públicos, tal como lo señala en su artículo 27. Este artículo especifica que las contralorías departamentales, municipales y la Contraloría General, realizan la vigilancia de forma exclusiva y directa sobre los bienes de la Nación, entidades descentralizadas o entidades territoriales, de las empresas de servicios públicos. Tienen para ello las contralorías, acceso a

toda la información y documentación necesaria que soporten las actuaciones de estas entidades y lograr una revisión completa.

Por consiguiente, al ser ESSA una empresa prestadora de servicios públicos mixta, su capital está conformado mayoritariamente por dineros de la Nación y corresponde a la Contraloría General de Medellín realizar control fiscal sobre el manejo de estos recursos públicos. En este sentido, de darse reconocimientos económicos por parte de ESSA a los contratistas de obra, por las reclamaciones de los costos no previstos a causa de la suspensión de los contratos de obra e implementación de protocolos de seguridad por la pandemia COVID-19, la contraloría municipal o departamental revisará los motivos por los cuales hubo mayores pagos que los establecidos en un principio para la contratación de dicha obra. Si la Contraloría considera que no procedían dichos pagos, el administrador del contrato de obra puede verse inmerso en incidencias fiscales, que corresponde a la devolución de esas enormes sumas de dinero a la Nación.

5.1.6. Teoría de la imprevisión

Esta apertura económica gradual ha traído retos y complicaciones en el desarrollo de las actividades en las construcciones de obras, ya que han presentado los contratistas de obras reclamaciones ante ESSA, para que se les haga reconocimientos económicos por mayores gastos no previstos en el contrato celebrado inicialmente, a causa del COVID-19. Ya que para continuar con la ejecución de las obras, los contratistas han tenido que implementar protocolos de bioseguridad conforme las directrices del gobierno nacional, como lo es la compra de tapabocas para los trabajadores, mayor tiempo en el desarrollo de las construcciones por las modificaciones en las jornadas de trabajo para evitar aglomeraciones, el remplazo de

trabajadores de edad avanzada o con comorbilidades para evitar afectaciones y riesgos en su salud, o por aumento del costo de los materiales de la obra. Los contratistas reclaman que se han aumentado los gastos de la ejecución de la obra, lo cual genera un desbalance financiero y una afectación grave económicamente.

El artículo 2053 del Código Civil señala, que el contrato de obra es celebrado cuando las partes se ponen de acuerdo en cómo, cuándo y dónde debe realizarse la obra material a cambio de un precio. Es así como quedan obligadas las partes a cumplir con una prestación, como bien lo señala el artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para las partes. A pesar de esto, en el transcurso de la ejecución del contrato, puede ocurrir ciertas circunstancias que modifican las condiciones contractuales inicialmente pactadas, alterando la manera de cómo se va a realizar la prestación. Es decir, hechos imprevistos.

Los contratos nacen en un principio para que sean cumplidos y conlleva obligaciones para las partes, es decir, existe el deber de colaboración con base en la buena fe. Por ello, en caso de que la parte obligada a realizar la prestación no cumpla con ésta de la manera acordada, el acreedor lo llamará para que responda. Pero existen casos, donde el motivo por el cual no cumplió el deudor con la obligación, no se debe a que fuese negligente en su actuar o por fuerza mayor, sino que se presentaron variables en la ejecución del contrato, a pesar de haber realizado todas sus actividades de manera diligente para lograr el cumplimiento de la obligación. Por causa de estas circunstancias imprevistas, se hizo más onerosa la ejecución del contrato, que lo planteado cuando se celebró y por ello se presenta un desajuste económico (Hinestrosa, 2015).

La teoría de la imprevisión, es definida como la ocurrencia de hechos o circunstancias no previstos en el contrato al celebrarlo y que no eran previsibles fácilmente. Dichas circunstancias alteran de manera radical la estructura económica de las condiciones en que pactaron el

cumplimiento de la obligación y como consecuencia generan un desequilibrio financiero en las cargas contractuales. En este orden de ideas, se puede dar aplicación a la teoría de la imprevisión, buscando el restablecimiento del equilibrio económico, conforme lo expresa Hinestrosa, en contratos de tracto sucesivo dónde se pactaron obligaciones futuras de cumplimiento lejano o cumplimiento instantáneo, pero que se pagan con posterioridad (Hinestrosa, 2015).

La finalidad de la teoría de la imprevisión es cuidar la vigencia del contrato, es decir, lograr que se preserve la subsistencia de un contrato legalmente suscrito entre las partes, que, por cuestiones adversas a la voluntad, se vio envuelto en complicaciones económicas para dar cumplimiento al mismo, ya que se hizo mucho más costosa su ejecución que la pactada al celebrar el negocio jurídico. Otro de los objetivos de esta teoría, es buscar la equidad contractual para que una de las partes no resulte afectada por un gasto excesivo que no pudo haberse previsto (Paz y Miño et al., 2020).

La consecuencia del ‘desequilibrio contractual’ significa, que existe una carga excesiva en materia económica, es decir, hay un gasto excesivo para dar cumplimiento a la obligación contratada. Pero, debe revisarse cada contrato para poder determinar si realmente hubo una desproporción grande, fundamental entre la prestación pactada y la actual, ya que no puede corresponder a una desproporción menor o simple, sino que debe alterar de forma importante el equilibrio del contrato. Además, el momento para solicitar la revisión del contrato y ajuste financiero es antes de cumplir con la obligación a cabalidad, ya que se entiende que pudo superar el deudor todas las dificultades (Hinestrosa, 2015).

Igualmente, se exige que los hechos, que fueron imprevistos y afectaron financieramente la ejecución del contrato, sean irresistibles y de afectación general, es decir, que afecten a una

parte representativa de la población sin manera de evitarlo. Pueden ser estas circunstancias decisiones políticas o catástrofes por movimientos telúricos, alzas generales de precios, restricciones económicas, entre otros (Hinestrosa, 2015).

En este orden de ideas, las partes pueden analizar si hubo un desequilibrio económico en el contrato, por sucesos imprevistos que hicieron excesivamente oneroso el contrato. Una de las alternativas sería terminar por mutuo acuerdo el contrato y liquidarlo o, por otro lado, las partes pueden balancear dicha disparidad, restableciendo el equilibrio financiero a través de modificaciones al contrato, las cuales son de cumplimiento obligatorio. Las nuevas cláusulas del contrato podrán regular relaciones futuras o pasadas, es decir ‘modificar prestaciones pendientes’ ejecutadas o por ejecutar (Hinestrosa, 2015).

La imprevisión en los contratos requiere también, que el deudor al hacer la reclamación por el perjuicio económico grave que se le generó y que compromete la realización del contrato, demuestre la ocurrencia de dicha pérdida económica e igualmente, pruebe que no es su culpa ya que no pudo preverse en la etapa de negociación contractual (Paz y Miño et al., 2020).

5.1.7. Teoría de la imprevisión en época del COVID-19

La pandemia ha traído consigo no sólo la limitación de ciertas libertades, sino que se han elevado los costos de diversas actividades económicas, siendo una afectación directa en el cumplimiento de las obligaciones pactadas antes de la pandemia. Esto se debe al aumento de los precios en algunos contratos, que hacen que sea muy oneroso efectuar la prestación.

El COVID-19 configura un hecho jurídico involuntario, que repercute en gran medida tanto en las relaciones humanas como en el Derecho de manera transversal, ya que genera una necesidad de analizar de nuevo las instituciones jurídicas, para que sean más protectoras y tengan un

carácter preventivo. Este hecho impacta en los derechos humanos como: la identidad, la vida, la salud, la intimidad y la integridad personal; igualmente, repercute en la teoría del abuso del derecho, en la autonomía de la voluntad de las partes, en el manejo de los datos de las personas, en la celebración del matrimonio, en el deber de cuidar a familiares, así como en las inejecuciones de las obligaciones contraídas por fuerza mayor, daño emergente, lucro cesante; o en el cumplimiento de los contratos por el desequilibrio económico, excesiva onerosidad en la prestación, teoría de la imprevisión o el enriquecimiento sin justa causa; entre otros aspectos (Varsi et.al., 2020).

Existe un principio fundamental en los contratos descrito en el artículo 1062 del Código Civil, *pacta sunt servanda*, es decir el contrato es ley para las partes siempre y cuando haya sido celebrado conforme las especificaciones legales para su nacimiento a la vida jurídica. Dentro de estos requisitos se encuentra en el artículo 1603 del Código Civil, la celebración y ejecución del contrato con buena fe, siguiendo los principios de justicia y equidad (Reyes, 2020).

Las relaciones contractuales, nacen para generar contraprestaciones equitativas con base en la buena fe de la celebración y ejecución del contrato. De esta manera, se celebran negocios jurídicos para satisfacer los intereses recíprocos de las partes (Paz y Miño et al., 2020).

Las personas celebran contratos regularmente, los cuales tienen como fundamento obtener un beneficio. De esta manera las partes buscan constituir, regular o extinguir sus relaciones jurídicas patrimoniales conforme lo describe el artículo 864 del Código de Comercio.

Es así como, el deber ser de quienes negocian, es buscar cumplir de buena fe las obligaciones pactadas y desean obtener una contraprestación. Pero, al estar inmerso en un mundo de posibilidades, hay hechos que pueden preverse para lograr honrar lo estipulado en el contrato,

así como hay circunstancias imposibles de preverse, porque no son comunes y afectan a las personas en general. Estos hechos nuevos generan complicaciones para efectuar la prestación (Reyes, 2020).

Es así como, a pesar de que los contratos especifican las pautas para realizar la prestación, a causa del COVID-19 se han presentado diversos inconvenientes, que han obligado a modificar la manera en la cual se relacionan las personas en todo el mundo. Representa entonces la pandemia un hecho que es imprevisto, dado que antes de la pandemia no se podía prever ni tener presente el impacto económico, social y político que causaría a nivel mundial. A través de estudios científicos, poco a poco, se han ido dando respuestas sobre la manera en que afecta la salud de las personas, pero la incertidumbre continúa siendo amplia.

Así las cosas, Ramón Paz y Miño y Mateo Zavala, afirman en su escrito '*Imprevisión contractual derivada de la pandemia*', que la pandemia por el virus del COVID-19 conforma una causa imprevista que cabe dentro de la teoría de la imprevisión. Este hecho de la pandemia representa entonces un motivo de alteración en diversas relaciones contractuales (Paz y Miño et al., 2020).

Este hecho ha afectado de manera general a la población mundial y excedió toda previsión, dada la falta de conocimiento que se tenía sobre el virus al inicio de su difusión. Tal como se indica en el artículo 868 del Código de Comercio, aplica la teoría de la imprevisión en hechos que son extraordinarios, ocurridos mientras el contrato se ejecuta, es decir luego de la celebración del contrato. Este acontecimiento hace que sea el contrato mucho más oneroso que lo planteado al acordar las partes, agrava el cumplimiento futuro de la obligación pactada y se genera una carga intolerable para alguna de las partes (Reyes, 2020).

El autor Reyes propone en aras de la buena fe y cumplimiento de las obligaciones que, entre las partes revisen el contrato y efectúen acuerdos para convenir una solución propicia, en dado caso que concluyan que efectivamente se generó una grave afectación económica para alguna de las partes. De esta manera evitar ir a tribunales, demorando más la solución (Reyes, 2020).

5.1.8. Definición del contrato de obra

Conforme el artículo 1495 del Código civil, un contrato es aquel acto por el cual se obliga una parte con otra a cumplir con una prestación que puede ser de dar, hacer o no hacer. Aquellos contratos que son definidos previamente por la legislación vigente, se les denominan contratos típicos o nominados, dentro de los cuales puede existir un contrato con finalidades económicas de varios contratos. Este es el caso del contrato de confección de obra material, el cual está compuesto por dos tipos de contratos típicos, el de arrendamiento y el de compraventa (San Martín, 2016).

En el Código Civil se define el contrato de obra en el artículo 2053, indicando que es de arrendamiento si el contratante suministra la materia prima para ejecutar la obra, pero el contrato es de venta si el operario o contratista suministra la materia prima para que se realice la obra, quedando perfeccionado cuando acepta el que encargó la obra.

El contrato de obra es definido por el autor David Arce Rojas como un acto jurídico, en el cual se obliga una parte a realizar una obra material específica con otra y a cambio de una remuneración, en la cual no está la persona supeditada a subordinación alguna, ni representación. Se asimila el contrato civil de construcción por la ley y por la jurisprudencia como un contrato de arrendamiento de obra, que se caracteriza por ser consensual, oneroso, es un contrato principal de tracto sucesivo y conmutativo, es decir se paga un dinero cierto al

contratista por realizar la obra para mantener un equilibrio, igualmente porque el objeto de la prestación de las partes es determinada o determinable siempre gracias a unos parámetros previstos en el contrato y no se basa en hechos del futuro que son inciertos (teoría de la imprevisión). También en lo relativo al perfeccionamiento del contrato, ocurre cuando las partes dan el consentimiento acordando el precio y la obra (Arce, 2003).

En este orden de ideas, el precio es cierto en este contrato, que puede ser determinable a través de muchas modalidades como precio administración, por unidad de obra, etc. Puede conformarse el contrato de confección de obra material según el precio, que puede ser único, alzado, suma global, estimado, unitario o gasto reembolsable. El precio único no puede modificarse, a menos que las partes acuerden lo contrario por las adiciones que le hacen al contrato inicialmente acordado (Arce, 2003).

El contrato de obra es de carácter bilateral, ya que las prestaciones de la obra y el precio a que se ven obligadas cada una de las partes son correlativas entre sí, de esta manera el precio se debe al contratista cuando cumpla con la realización acordada de la obra, por ello en el caso en que no se cumpla con la obligación o se genere una imposibilidad, puede darse la resolución del contrato (Arce, 2003).

La resolución se encuentra de manera tácita en todos los contratos bilaterales, tal como lo señala el artículo 1546 del Código Civil. A groso modo, la resolución de los contratos consiste en un mecanismo que protege al acreedor, en los casos en que el deudor no cumple con la prestación pactada. Este incumplimiento puede corresponder a la ejecución tardía de la prestación, porque la obligación no se cumplió según lo pactado o porque no pudo cumplirse la obligación a cabalidad. La resolución es una facultad que permite la terminación del contrato, porque se frustró su cumplimiento por cualquiera de las partes (Polo, 2019).

Pero, la terminación o resolución del contrato, sería una solución cuando el incumplimiento es esencial o trascendental, es decir que el deudor incumple sustancialmente afectando la esencia misma del contrato (Polo, 2019).

5.1.9. Riesgos del contrato de obra

El ideal en el contrato de obra es que se cumpla con el objeto del contrato en el tiempo estipulado y, en ese momento, se entregue la obra y se pague el precio. El precio se paga, porque se cumplió con la esencia del arrendamiento de obra, ya que se necesita el transcurso de cierto tiempo para que la obra pueda realizarse. Por lo tanto, el contratista corre el riesgo que la prestación que realiza ocurre antes que el pago, por ello, en los contratos de obra puede establecerse pagos periódicos a cuenta del precio total (Arce, 2003). Pero, el contratante también corre el riesgo de que se incumpla con lo pactado en el contrato de obra

En lo que se refiere al contratante, este contrato conlleva un riesgo para él. Ya que, contrató a alguien para realizar la obra, pero está comprando algo que aún no existe y asume que existirá, corriendo con el peligro de que la construcción no cumpla con lo acordado. Por ello, el legislador en el artículo 2053 del Código Civil, estableció que el contrato de obra de tipo compraventa, se perfeccionaría por aprobación del contratante. Ya que, en los contratos de compra venta, el comprador es el que asume el riesgo de la cosa desde que se perfecciona el contrato. De esta manera, si el mandante rechaza la obra porque no corresponde a lo establecido en el contrato, el contrato no se perfecciona (San Martín, 2016).

Al suscribir un contrato de compra venta, éste se perfecciona al ponerse de acuerdo las partes con el precio y el objeto, y en el caso del contrato de confección de obra se entiende que, al ser el objeto una cosa que se recibirá en el futuro debe corresponder exactamente a los parámetros

e indicaciones pactados al celebrar el contrato. Ya que, cuando el objeto versa sobre la compra de cosas por fabricar, se perfecciona el contrato al celebrarse y debe entregar el artífice aquello a lo que se comprometió (San Martín, 2016).

En el contrato tipo compra venta de confección de obra material, se perfecciona cuando el contratante acepta, con la finalidad de que el riesgo lo asuma el artífice. Por lo tanto, tiene el contratista el riesgo de pérdida de los materiales y riesgo de pérdida fortuita de la cosa. Con esto, se evita que se tome como venta de cosa futura el contrato, además, se logra que comprador posponga el riesgo que debe asumir. Por lo tanto, debe entregar el artífice aquello a lo que se comprometió, de lo contrario, puede el contratante o comprador rechazar la cosa confeccionada por estar defectuosa, activando mecanismos para remediar el incumplimiento contractual. Pero, debe informar el comprador dicha inconformidad en un plazo razonable o pierde el derecho de ejercer una acción por incumplimiento (San Martín, 2016).

Igualmente, el contratante puede decidir aceptar la obra imperfecta con observaciones, además conserva el derecho de solicitar indemnización por los perjuicios causados con el incumplimiento del contrato. En el caso de recibir el mandante la obra sin darse cuenta de la existencia de vicios o defectos, tiene la posibilidad de reclamar a través de los vicios redhibitorios. Pero si los defectos eran notorios y no dijo nada, se excluye un reclamo posterior siempre que no haya error, porque de existir error habría una nulidad en el contrato (San Martín, 2016).

Por otro lado, a pesar de que el contrato de obra no es un contrato de tipo aleatorio, se encuentra en riesgo al irse ejecutando el objeto del acuerdo, ya que se ve la actividad del contratista envuelta en diversas cuestiones y por ello, también se puede ver afectado el cumplimiento del contrato. Es usual que estos contratos sean acuerdos de tracto sucesivo prolongados en el tiempo

y de gran costo, y para que logre culminarse se necesitan de muchos elementos y por ello generalmente se realizan cambios importantes cuando se va ejecutando (Arce, 2003).

En este orden de ideas, existen varios tipos de riesgo para el contratista de la obra:

- 5.1.9.1.** Riesgo administrativo: Este riesgo corresponde a las modificaciones que hace la administración de manera unilateral a través de actos no contractuales o puede concretar dichos cambios con actos contractuales (Arce, 2003).
- 5.1.9.2.** Riesgo comercial: Concerniente al riesgo propio del negocio que el contratista opera, como las dificultades mayores no previstas que se pueden presentar en la ejecución de la obra, que haya algún error en los cálculos o que haya destrucciones de las obras (Arce, 2003).
- 5.1.9.3.** Riesgo comercial externo o riesgo económico coyuntural: Riesgo caracterizado porque el cumplir con el contrato de obra se hace más oneroso, ya que se aumenta el costo de los materiales de trabajo o de las jornadas de todos los obreros. Para saber cómo debe responderse por esa mayor onerosidad sobreviniente en el transcurso de la ejecución de la obra, debe analizarse cada caso y determinar si no se enriquece el contratante de manera injusta. Ya que es un contrato bilateral y conmutativo, es decir que genera obligaciones para ambas partes, de esa manera debe haber un equilibrio económico en el contrato, que al alterarse debe corregirse (Arce, 2003).

Siendo este último requisito fundamental en el entendimiento del abordaje de la problemática de los gastos a causa de la implementación de los protocolos de bioseguridad, jornadas de trabajo con menos personal y mayores tiempos en la ejecución de la obra por la pandemia del COVID-19. Es decir, en los contratos de obra, se pueden ver inmersos los contratistas en un

riesgo comercial externo por motivos ajenos que hacen que la obra sea más onerosa, planteando el autor la necesidad de revisarse caso por caso para determinar si se alteró o no el equilibrio contractual y que no se enriquezca de manera injusta el contratante. Con este criterio se tiene una primera mirada sobre los reconocimientos que podrían eventualmente ser merecedores los contratistas que están haciendo las reclamaciones a ESSA.

En ese mismo sentido, existen también modificaciones del proyecto de los contratos de obra por decisión de la administración, ya que el contratante agrega o cambia ciertos aspectos del contrato y para que se reclame un aumento del precio, debe demostrarse que hubo mayores gastos por esas reformas. Igualmente, en la ejecución del contrato puede verse la necesidad de revisar el contrato para alterarlo, porque debe hacerse por seguridad (Arce, 2003).

Igualmente, puede haber modificaciones relativas al precio en los contratos de obra de precio único, lo cual es permitido siempre y cuando lo autorice el contratante y que acuerden el aumento del precio. Gracias a la buena fe y a castigar el enriquecimiento injusto en el contrato de obra, ya que de buena fe el contratista modifica conforme las órdenes del dueño lo que corresponde a la obra, incluso modificaciones ordenadas de manera verbal por la persona autorizada. Por ello no puede negarse entonces a pagar los costos excesivos el contratante, cuando ordena modificaciones al contrato inicial, dado que se enriquecería sin justa causa (Arce, 2003).

5.1.10. Teoría aplicable

Hay momentos en los cuales se puede modificar el precio en los contratos de obra porque ocurren circunstancias desconocidas, que no fueron previstas cuando contrataron. El contrato de obra tiene entre otras, la característica del riesgo económico que tiene el contratista por la ventura que existe al ejecutarse la obra, existiendo un riesgo normal y otro que hace que los

precios de la obra aumenten por circunstancias que sobrevinieron y que el contratista no podía haber previsto. En este sentido, debe revisarse cuál es el riesgo económico máximo que puede soportar el contratista cuando ocurren circunstancias no previstas (Arce, 2003).

El autor Arce señala el aporte de los posglosadores, el cual consiste en que los contratos de tracto sucesivo contienen una cláusula implícita, donde al alterarse ciertas situaciones podría generar que el contrato se modificara o se resolviera, es decir que el contrato obliga mientras las cosas sigan como estaban '*contrasctus qui habent sucessivum vel dependentian de futuro rebis sic stantibus intelliguntur*'. De esta manera, si el fundamento del negocio desaparece, pueden las partes solicitar la resolución o modificación del contrato (Arce, 2003).

Tenemos así, la distinción entre la teoría del riesgo imprevisible y otras teorías que buscan reparar el daño económico que sufre el contratista por los hechos sobrevinientes que elevan los costos de la obra. Dado que, la fuerza mayor puede ser un riesgo para la obra, pero este equivale a que sea imposible cumplir con el objeto del contrato. Pero, la teoría del riesgo imprevisible corresponde a hechos que hacen que la obra sea más costosa para el contratista, más no impiden el cumplimiento del contrato. El *factum principis* o hecho del príncipe, da como consecuencia que sea indemnizado al contratista por las medidas que tomó la entidad contratante modificando el contrato unilateralmente, haciéndolo más oneroso y es así como debe indemnizarse integralmente al contratista (Arce, 2003).

El hecho del príncipe, es una figura jurídica utilizada cuando se realizan intervenciones por parte de la administración. Estas intervenciones, alteran la ejecución del contrato y producen un desequilibrio financiero que perjudica al contratista. Unas de las características de esta figura, es que son imprevistas esas modificaciones, son ordenadas de manera unilateral por la autoridad administrativa y que ocurre luego de la adjudicación del contrato (Matute, 2018).

Por ello, en la teoría del riesgo imprevisible, no solamente hay modificaciones en el contrato porque el contratante intervino, sino que se revisan diversos hechos ajenos a las partes que generaron mayores gastos y perjudicaron económicamente al contratista. Es así como no hay en realidad una indemnización de perjuicios, sino que hay una compensación, pues el contratante colabora con el pago de los gastos mayores no previstos. Además, es diferente la teoría de la imprevisión de la teoría de la mayor dificultad de ejecución, porque en la teoría de la imprevisión se compensa por el azar técnico que hay en los contratos, siempre y cuando exista un daño grave para el contratista que no se puede prever (Arce, 2003).

De este modo, la teoría de la imprevisión de los contratos, conforme nos indica la doctrina, es la más aplicable en el caso específico de las reclamaciones hechas a ESSA por los contratistas, ya que no corresponden a fuerza mayor, pues se están ejecutando los contratos, se retornó a las áreas de construcción y están desarrollándose las obras. Por lo tanto, no existe una imposibilidad de continuar o culminar las obras por parte de los contratistas, ni es lo que los contratistas están alegando en sus reclamaciones.

La teoría de la imprevisión tiene como base la revisión de qué pudo haber previsto un empresario diligente. Igualmente, conforme esta teoría, debe analizarse los hechos y las consecuencias de cada contrato. Es importante que el suceso imprevisible, no le sea imputable a la voluntad de ninguna de las partes. Es así como el contratista, no puede alegar la imprevisión de un hecho que él mismo causó o si no hizo nada para impedir el cambio que esa circunstancia generó, bien sea por negligencia, por no cumplir con sus obligaciones o por error. De la misma manera, la entidad contratante no puede haber causado el acontecimiento, porque de ser así puede el contratista ‘invocar la teoría de la intervención del comitente’, ya que en ese caso no

necesita que se pruebe que se agredió la economía del contrato y puede solicitar indemnización total (Arce, 2003).

Para que se restablezca el balance de las prestaciones en los contratos de ejecución sucesiva, como lo son los contratos de obra, se debe tener como base el principio del equilibrio económico, dadas las prestaciones recíprocas que existen en los contratos de obra. En el contrato se consagran unas prestaciones gracias a la autonomía de la voluntad privada, dicho acuerdo debe permanecer sin modificarse, pues solo vale la voluntad establecida en el contrato y para alterar el contrato deben estar de nuevo las partes de acuerdo. De esta manera sigue existiendo equilibrio, porque el contrato es bilateral y decidieron voluntariamente realizar modificaciones después de la celebración del contrato (Arce, 2003).

Como es un contrato oneroso y bilateral el contrato de obra, puede aplicarse el restablecimiento del equilibrio económico, ya que las prestaciones deben ser recíprocas. Es así como el contrato es conmutativo desde que nace hasta la resolución, si hay incumplimiento, incluso cuando sobreviene una imposibilidad. Como son conmutativos estos contratos de construcción, se caracterizan por la correlatividad y es de esta manera, como al existir alguna alteración que agreda el equilibrio de las prestaciones deben las partes nivelar de nuevo las obligaciones, para que no exista enriquecimiento sin justa causa por parte del contratante gracias al contratista, cuando hay mayores gastos (Arce, 2003).

5.1.11. Requisitos de la teoría de la imprevisión

La teoría de la imprevisión trae consigo la duda de determinar cuáles son sus requisitos y cómo pueden entenderse. En este sentido, se busca definir el significado de mayor onerosidad en el contrato, dado que existen muchos gastos. Es importante entender y determinar hasta qué punto se podría considerar que hubo gastos exorbitantes que generan desequilibrio en el contrato.

Desde esta perspectiva, señala la teoría de la imprevisión que el hecho, además de ser una circunstancia imprevisible que afecte la economía del contrato generando un mayor gasto al contratista, debe producirse un desequilibrio financiero, es decir, que se altere la balanza de las prestaciones contractuales entre las partes (Arce, 2003).

Atendiendo al concepto de la teoría de la imprevisión consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, se encuentran cuatro requisitos para entender el alcance y la aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos de obra:

- a. El contrato al que se va a aplicar la teoría de la imprevisión debe ser de ejecución sucesiva o periódica como lo es el contrato de obra, ya que no puede usarse en contratos aleatorios o de ejecución instantánea (Arce, 2003).
- b. Las circunstancias que ocurren deben ser de difícil previsión, deben ser anormales, que los contratantes no pudieran haber previsto dichos hechos a la hora de pactar, es decir es ajeno de la voluntad de las partes y como consecuencia debe haber mayores gastos para que el contratista pueda cumplir con la obra. Ello no significa que no pueda cumplir con la obligación acordada, sino que se vuelve más oneroso el poder cumplir con la prestación para una de las partes y se desequilibran las cargas económicas, produciendo afectaciones financieras al contratista y beneficiando al contratante, es decir, el equilibrio económico se rompe. Este requisito no tiene que ver con la fuerza mayor, ya que esta conlleva a la imposibilidad total de poder cumplir con el objeto del contrato, ya que no puede superarse. Pero, la imprevisión dificulta que el contratista cumpla con la obligación dado el perjuicio económico grave que representa, más puede cumplirse (Arce, 2003).

- c. Debe presentarse en la ejecución del contrato de obra una onerosidad excesiva como consecuencia de los hechos imprevisibles. Así, se genera un daño económico grave al contratista, desequilibrando la balanza financiera del contrato (Arce, 2003).
- d. Deben ser estos hechos extraordinarios, extraños o ajenos a las partes, es decir, que estas no pueden ser las que provoquen dichos sucesos ni por acción u omisión, ya que la negligencia de alguna de las partes puede causar un menoscabo grave, pero este no sería parte de la teoría de la imprevisión (Arce, 2003).

5.1.12. Cuadro de las actividades realizadas en el mes de agosto, septiembre y octubre en la empresa Electrificadora de Santander con motivo de la Práctica Empresarial

ACTIVIDADES REALIZADAS EN EL DESARROLLO DE LA PRACTICA		
Nombre del estudiante: Laura Camila Ruiz Cárdenas		
Código universitario: 2150676		
Empresa donde se desarrolló la práctica: Electrificadora de Santander S.A E.S. P		
Director de la Práctica: Héctor Elías Hernández Jaimes		
Tutora de la Práctica: Yehimy Patricia Piza Robles		
Mes	Actividad realizada	Cantidad
AGOSTO	Revisión de certificaciones de ejecución de contratos y órdenes de compra	1
	Radicación de procesos en plataforma maya	10
	Actualización cuadro comité de compras	1
ACTIVIDADES REALIZADAS EN EL DESARROLLO DE LA PRACTICA		

Nombre del estudiante: Laura Camila Ruiz Cárdenas		
Código universitario: 2150676		
Empresa donde se desarrolló la práctica: Electrificadora de Santander S.A E.S. P		
Director de la Práctica: Héctor Elías Hernández Jaimes		
Tutora de la Práctica: Yehimy Patricia Piza Robles		
Mes	Actividad realizada	Cantidad
SEPTIEMBRE	Revisión de certificaciones de ejecución de contratos y órdenes de compra	1
	Revisión de garantías (pólizas)	2
	Radicación de procesos en plataforma maya	15
	Actualización cuadros de auditoría de los abogados	1
	Elaboración de conceptos	1
	Actualización cuadro comité de compras	2

ACTIVIDADES REALIZADAS EN EL DESARROLLO DE LA PRACTICA		
Nombre del estudiante: Laura Camila Ruiz Cárdenas		
Código universitario: 2150676		
Empresa donde se desarrolló la práctica: Electrificadora de Santander S.A E.S. P		
Director de la Práctica: Héctor Elías Hernández Jaimes		
Tutora de la Práctica: Yehimy Patricia Piza Robles		
Mes	Actividad realizada	Cantidad
OCTUBRE	Revisión de certificaciones de ejecución de contratos y órdenes de compra	5
	Revisión de garantías (pólizas)	9

Revisión de solicitudes de ofertas contractuales	2
Actualización cuadros de auditoría de los abogados	1
Realización de cartas para aseguradoras con el fin de revisar pagos de póliza de los contratistas	1
Apoyo de revisión de requisitos procesos de compra y contratación	1
Apoyo en demanda	1
Elaboración de respuesta a derechos de petición	2
Participación en reuniones de temas contractuales con énfasis en reclamaciones por el covid-19	4
Elaboración de conceptos	2
Revisión de convenios	1
Revisión de embargos de los proponentes	2
Elaboración y revisión de medidas de apremio	2
Actualización informe procesos judiciales mensuales	1
Actualización cuadro comité de compras	4
Actualización cuadro de aprobaciones junta directiva	1
Actualización cuadro Reclamación Civil Extracontractual	5

5.2 Segundo informe

5.2.1 Marco de antecedentes normativos:

Conforme la problemática de las reclamaciones interpuestas a ESSA por parte de los contratistas de obra que venían ejecutando sus obligaciones, con el motivo de solicitar el pago de los mayores costos solventados por la pandemia del COVID-19, es necesario revisar las descripciones normativas como consecuencia de los hallazgos doctrinales acerca de la teoría de

la imprevisión en los contratos de Derecho Privado, así como el análisis jurisprudencial de aquellas sentencias que traten el tema de reclamaciones de contratistas por desequilibrios económicos no previstos en el contrato y posteriores a su celebración.

En este sentido, se analizan las normas y jurisprudencia aplicable a la teoría de la imprevisión en contratos de obra conforme los aportes doctrinales, para determinar la existencia o no del desequilibrio financiero en los contratos de obra celebrados con la Electrificadora de Santander S.A E.S.P a causa de la implementación de los protocolos de bioseguridad por el COVID-19. De esta manera se describe un marco normativo que delimita los aspectos importantes de la teoría de la imprevisión, de esa manera determinar cuándo es procedente o no el reconocimiento económico para restablecer el equilibrio financiero y reconocer los requisitos a tener en cuenta en el momento en que sean procedentes dichos reconocimientos.

5.2.1.1 Artículo 365 de la Constitución Política de Colombia

Se señala que los servicios públicos, son la manera a través de la cual se garantizan muchos derechos fundamentales, los cuales son inherentes a la función social del Estado de Derecho que es Colombia. De esta manera, tiene el Estado como deber asegurar la prestación de los servicios públicos a todos los colombianos y habitantes del territorio nacional de manera eficiente.

El régimen de los servicios públicos lo determina la ley vigente y los pueden prestar bien sea el Estado, de manera directa o indirecta, las comunidades organizadas, o los particulares. Pero, siempre es el Estado el que regulará lo relativo a estos servicios, así como ejercerá el control y

la vigilancia de estos. Si quedan privadas las personas del ejercicio de una actividad lícita, por motivos de interés social o conforme la soberanía, ya que el Gobierno decide que se reserva algunas actividades o servicios públicos, debe el Estado indemnizar previamente a dichas personas, mediante una ley que esté aprobada por la mayoría de los miembros las cámaras.

5.2.1.2 El artículo 13 de la Ley 1150 de 2007

Indica este artículo, que se aplican los principios de la función administrativa y gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, en las actividades contractuales de todas las entidades estatales que se rigen por un régimen contractual diferente al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, según cada caso y están sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal.

5.2.1.3 Artículo 209 de la Constitución Política de Colombia

Se indica que la función administrativa tiene como base los principios de la moralidad, eficacia, igualdad, publicidad, celeridad, economía e imparcialidad, sirviendo al interés general, a través de la delegación de funciones, descentralización y delegación. Es necesario para un adecuado funcionamiento de las autoridades administrativas, se coordinen.

5.2.1.4 Artículo 267 de la Constitución Política de Colombia

El acto legislativo número 2 de 2015 modifica este artículo. Se especifica en este artículo, que la Contraloría General de la República es una entidad de carácter técnico que tiene autonomía presupuestal y administrativa. Así se tiene que la Contraloría General de la República ejerce la función pública del control fiscal, siendo esta entidad la que vigila la gestión fiscal de la administración, particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Este control

es ejercido selectivamente y posterior según los principios y procedimientos legales. Pero, puede escoger a través de concurso público de méritos a empresas privadas de Colombia para que vigilen, siempre que el Consejo de Estado dé su concepto.

Este control se refiere a lo financiero, los resultados, sobre la equidad, gestión, economía y valoración de los costos ambientales. Además, podrá en ciertos casos ejercer control de manera posterior en las cuentas de entidades territoriales.

5.2.1.5 Ley 142 de 1994 modificado por la Ley 689 de 2001

Norma a través de la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios. A través de esta Ley se determinan los instrumentos de intervención estatal, se indican cuáles son los servicios públicos esenciales. Son así los municipios los competentes de que se asegure la correcta prestación de los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y telefonía por las empresas de servicios públicos que pueden ser de carácter privado, público o mixto.

En el artículo 17 de la Ley 142 se indica la naturaleza de las empresas de servicios públicos, las cuales son sociedades por acciones y el objetivo de estas empresas es prestar los servicios públicos domiciliarios indicados en la ley 142 de 1994. Podrán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado, las empresas descentralizadas de orden territorial o nacional que cumplen con los objetivos de esta ley y que los dueños no quieran que su capital se represente por acciones.

Según el artículo 18, el objeto de la Empresa de servicios públicos es prestar uno o varios servicios públicos indicados en la Ley 142, o realizar alguna actividad complementaria. Pero, en caso de considerarse que la multiplicidad del objeto es un impedimento a la garantía de la

libre competencia y no produce economías de escala, pueden las comisiones de regulación obligar a la empresa para que tenga un objeto exclusivo. Si no hay ya una amplia oferta de un bien o servicio, pueden las empresas prestadoras de servicios participar con otras empresas como socias, siempre que estas empresas tengan como objeto principal la prestación de un servicio o provisión de un bien indispensable para cumplir con este objeto.

El presupuesto de estas empresas se aprueba por las correspondientes juntas directivas, según lo indicado en el artículo 352 de la Carta Política. Además, se aplica el régimen de la Ley 142 a las entidades descentralizadas que presten servicios públicos, sea cual sea el nivel, en todo lo que directamente no establezca la Constitución. Igualmente, a estas entidades descentralizadas puede la Superintendencia de Servicios Públicos exigir que modifiquen los estatutos si no se ajustan a las normas.

Conforme el régimen de las empresas de servicios públicos, pueden tener una duración indefinida, los aportes de capital pueden pertenecer a extranjeros o nacionales y cuando se constituye la empresa, los socios acuerdan que parte del capital autorizado se suscribe. En lo relativo al capital autorizado, si debe aumentarse por nuevas inversiones en infraestructura de los servicios públicos, lo debe decidir la Junta Directiva. De esta manera, la empresa puede ofrecer las nuevas acciones a los usuarios que serán beneficiados de las inversiones y al adquirirlas se pagan en los plazos indicados por las empresas junto con las facturas del servicio.

Las empresas prestadoras de servicios públicos se disolverán, porque pertenecen a un solo accionista todas las acciones suscritas o por las causales 1 y 2 del artículo 457 del Código de Comercio, artículo que indica las causales de disolución de la sociedad anónima. La primera causal corresponde a las causas generales por las cuales se disuelve una sociedad comercial según el artículo 218 del Código de Comercio. Estas causas son: El vencimiento de la duración

del contrato si no lo prorrogaron de manera debida, porque lo que constituye el objeto se extinguió y por ello no puede desarrollar la empresa social, porque el número mínimo exigido por la ley para la constitución o funcionamiento de esa sociedad disminuyó, por las causales indicadas en el contrato, porque los asociados determinaron disolverla conforme las normas, porque la autoridad competente lo decidió. La segunda causal, es por pérdidas que hagan que el patrimonio neto se reduzca a menos del 50% del capital suscrito. En el artículo 19 de la Ley 142 se consagra que, en lo que no esté indicado en esta ley, las empresas de servicios públicos se rigen por las reglas de las sociedades anónimas que dicta el Código de Comercio.

En este orden de ideas, cuando sean empresas mixtas en las cuales el aporte estatal es el usufructo de bienes de la prestación del servicio público, pago, suscripción, estas se regirán de manera integral por el derecho privado. Se incluyen las obligaciones del usufructuario según el código de comercio, en lo relativo a las expensas de conservación y lo que se refiere a las causales por las cuales se restituyen los bienes aportados.

En el título segundo de la ley se relata lo relativo al régimen de contratación. De esta manera, en el artículo 31 se consagra que los contratos que se celebren con las entidades estatales que prestan los servicios públicos de la Ley 142, no se sujetan a las normas del Estatuto General de Contratación Pública, a menos que la ley lo indique específicamente. Pueden obligar las Comisiones de Regulación que contengan cláusulas exorbitantes y facultar que se incluyan en algunos contratos de empresas de servicios públicos. Si esta inclusión forzosa ocurre, esas cláusulas se rigen por la Ley 80 de 1993 y la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para revisar al ejercerse control sobre dichos actos o contratos. Las empresas de servicios públicos domiciliarios enviarán la solicitud para incluir las cláusulas excepcionales en

los contratos que suscriban y debe darse respuesta por las Comisiones de Regulación en 15 días u opera el silencio administrativo positivo.

Si se celebran contratos entre empresas de servicios públicos y entes territoriales para que la empresa asuma la prestación de uno o varios servicios públicos domiciliarios o sustituir a otra empresa que está en disolución o liquidación, estos se rigen por la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

El régimen que es aplicado a los actos, contratos y los demás requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de las personas socias, que celebren todas las empresas de servicios públicos es exclusivamente lo establecido en las reglas del derecho privado, excepto en los casos donde determine expresamente la ley y la constitución lo contrario, según el artículo 32 de la Ley 142 de 1994. Está facultado el representante legal de una entidad pública, que haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, a realizar todos los actos que la ley y los estatutos les permiten a los socios particulares respecto de la sociedad. Igualmente, en el artículo 132 se indica que el régimen legal del contrato de servicios públicos se rige por la Ley 142, por las condiciones que se pacten con los usuarios, por condiciones uniformes que las empresas de servicios públicos indiquen y por las leyes del Código Civil y del Código de Comercio.

En el mismo sentido, en el párrafo del artículo 39 de la Ley 142 se consagra que los contratos se rigen por el derecho privado excepto los señalados específicamente en ese artículo.

5.2.1.6 Artículo 15 del Código civil

En el artículo 15 del Código Civil se enuncia que puede renunciarse a los derechos que la ley ha conferido, siempre que solo miren el interés del que renuncia y que no esté prohibido por la ley.

5.2.1.7 Desde el artículo 2053 hasta el artículo 2062 del Código Civil

En este capítulo se establece lo relativo de los contratos en los cuales se pacta la confección de una obra material. En este sentido el artículo 2053 del Código Civil consagra que el contrato es de venta, si el operario o contratista suministra la materia para la confección de la obra material y la manera de perfeccionarse el contrato, es a través de la aprobación del contratante, es decir, el que ordenó que se realizara la obra. Por otro lado, el contrato es de arrendamiento si el contratante proporciona la materia. También puede reconocerse la obra de forma parcial, gracias a lo indicado en el artículo 2058, cuando han pactado que la obra se aprueba por partes.

Igualmente, el contrato es de arrendamiento, si aporta la materia principal el contratante y el resto de los materiales los provee el contratista. Pero, si los materiales esenciales son suministrados por el contratista y los demás por el contratante, el contrato es de venta.

Es así como aclaran, que recae el peligro de la obra en las manos de quien la ordenó hasta después de que se apruebe dicha construcción, a menos de que esté el contratante en mora de declarar lo relativo a la aprobación o no de la obra. Las normas a las cuales se sujeta el contrato de arrendamiento de obra son las reglas generales de los contratos de arrendamiento, pero no pueden ir en contra de las demás normas de los artículos siguientes del Código Civil.

En lo relativo al precio, indica el artículo 2054 del Código Civil, que si no se ha fijado se presume que las partes han acordado el que normalmente y de manera ordinaria se cobra, por una obra de igual especie. Sino hay obras similares con las cuales comparar el costo, se estima el precio de manera equitativa según lo indique el perito. Por otro lado, si han determinado las partes que el precio lo va a fijar un tercero, pero este muere antes de la ejecución de la obra, es nulo el contrato según el artículo 2055. Pero si muere luego de iniciarse la ejecución de la obra, el precio lo fijan los peritos.

Por otro lado, según el artículo 2056 del Código Civil puede solicitarse la indemnización de perjuicios conforme las normas generales de los contratos, si alguna de las partes no cumple con lo acordado o no ejecutan lo pactado a tiempo, sino que hay algún retraso. De esta manera, si el que infringe lo convenido es el contratista, podrá tomar la decisión el contratante de cesar la obra y reembolsar los costos al contratista, así se haya pactado un precio único, igualmente se paga el trabajo realizado en la obra y lo que hubiese podido ganar en la obra. De esta misma manera, las obras se acuerdan conforme unos resultados y según el artículo 2059 del Código Civil, pero las partes nombrarán peritos para que decidan si el contratante alega que no se ejecutó la obra de manera debida. Si se le da la razón al contratante, se podrá poner en los hombros del contratista la obligación de indemnizar por perjuicios o rehacer la obra, según decida el contratante. Los materiales se pueden restituir por unos similares o en dinero.

En este orden de ideas, con respecto a la materia para la obra, si llega a perderse la materia para la obra es el dueño el que responde. Según el artículo 2057 del Código Civil, si la materia prima fue suministrada por el contratante y esta se pierde, debe responder por esta. Siendo así, que no

es responsable el contratista cuando perece la materia prima por su culpa o por quienes le ayudan en la construcción. Aunque la materia no perezca por culpa del contratista, éste solo puede reclamar dinero si la obra ha sido aprobada y es reconocida, si el contratante no ha reconocido y aprobado la obra por mora y, si la materia que suministró el contratante tiene algún vicio por lo cual se daña, salvo que ese vicio podía el contratista haberlo previsto por el oficio, o que si lo conocía no pudo haber avisado oportunamente.

En el Código Civil, artículo 2060, se consagran unas normas específicas para la ejecución de los contratos de obra que son de precio único:

- a. No puede pedir que el precio se aumente con la excusa de que se encarecieron las jornadas o los materiales de la obra, o con el motivo de que se le hicieron modificaciones al plan inicialmente pactado o se le hicieron adiciones, a menos de que se ajuste a un precio particular por esas añadiduras o modificaciones.
- b. Si vicios ocultos por motivos desconocidos ocasionan costos que no se podían prever, debe el contratista obtener la autorización del contratante o dueño para poder hacerlo. Si el contratante se niega, puede el contratista recurrir al juez para que determine si se debió prever o no el nuevo gasto de la obra y establezca el aumento de precio que corresponda por eso.

Si en los diez años posteriores a la entrega de la obra del edificio, amenaza en ruina o si se daña total o parcialmente, por algún vicio del suelo o de la construcción que el contratista o sus empleados debían haber sabido por el oficio, o por vicios de los materiales que se usaron, el contratista será el responsable.

- c. El significado del recibo que el dueño le entrega al contratista, es que aprueba la obra de manera somera como ajustada al contrato y a las reglas del arte, pero no significa que queda el contratista eximido de responsabilidad por el inciso anterior.
- d. Si los obreros han contratado con el dueño directamente la paga por la construcción del edificio, se tendrán estos como contratistas independientes y tiene cada uno acción directa contra el dueño. Si el contratista es quien pactó con el contratante, los obreros solo tienen contra el dueño acción subsidiaria y hasta lo que se debe al contratista.

En lo relativo a la muerte del contratista, el artículo 2062 del Código Civil señala que la consecuencia es que el contrato de obra se resuelve. El contratante está obligado a recibir los materiales que se iban a usar en la obra que ya estuviesen comprados y debe pagarlos. Sobre los trabajos ya realizados, se pagará lo correspondiente a lo realizado en comparación con el costo pactado de toda la obra. Pero si muere el contratante, no se resuelve el contrato.

5.2.1.8 Artículo 868 del Código de Comercio

Este artículo describe la teoría de la imprevisión. De esta manera, conforme la teoría general del contrato, cuando hay circunstancias imprevisibles o extraordinarias que se presentan con posterioridad a la celebración de los contratos de ejecución sucesiva o periódica que generen alteraciones al cumplimiento de la prestación futura por parte de alguno de los obligados, por ello aumenta la onerosidad y en ese caso puede solicitar la revisión. En los contratos que no sean aleatorios ni de ejecución instantánea, analizará el juez en cada caso los motivos por los cuales se modificó el contrato y si es posible dará la orden de ajustarlo equitativamente, pero si no es procedente decretará el juez que se termine el contrato.

5.2.1.9 Decreto 531 de 2020

Decreto expedido por el presidente el día 8 de abril, a través del cual se imparten las instrucciones de emergencia sanitaria por causa de la pandemia del Coronavirus y de esa manera, dictar reglas para mantener el orden público según el numeral 4 del artículo 189. Este decreto tiene como base constitucional la preservación de la vida de las personas, conforme el artículo 2 de la Carta Política. En el Decreto se restringen varias libertades y derechos fundamentales que no son absolutos, como el de derecho de locomoción, con el objeto de prevenir un colapso en las clínicas y que no se pueda atender toda la demanda de personas afectadas por el virus.

De esta manera, se ordena obligatoriamente el aislamiento preventivo a todos los habitantes de Colombia con ciertas restricciones, para limitar la circulación de las personas y vehículos en el territorio. Dichas salvedades están contenidas en el artículo 3 del Decreto Nacional, dentro de las cuales están las actividades médicas, de comercialización presencial de productos que son de primera necesidad, y de vital importancia. De esta manera, en el numeral 18 de este Decreto se especifica como una de las salvedades, la ejecución de obras públicas y de infraestructura, y todas las obras relacionadas con la ejecución de estas y suministro de insumos además de materiales.

En este orden de ideas, desde este decreto se reactivan las obras públicas del país, que por causa del COVID- 19 estaban pausadas, de nuevo desarrollándose las actividades, pero con los reglamentos y manejos de seguridad adecuados según las directrices nacionales para ello, dada la protección de la vida de las personas, así como deben acatarse todas las instrucciones que se expidan por los ministerios y entidades nacionales y territoriales. De esta manera, en el párrafo 6 del artículo 3 del Decreto, se especifica que todo el que realice las actividades

mencionadas como excepciones a la prohibición de la libre locomoción en el país, deben cumplir con todos los protocolos de bioseguridad que indique el Ministerio de Salud y Protección Social, para mitigar el contagio y la afectación del COVID-19.

Se advierte igualmente, que esas medidas adoptadas por el Gobierno Nacional son de carácter obligatorio, según el artículo 8 del mismo, y quien desacate las medidas puede verse inmerso en multas consagradas en el Decreto 780 de 2016 y en sanciones penales conforme el artículo 368 del Código Penal.

5.2.1.10 Decreto 222 de 1983

Se hace una descripción de este Decreto que fue derogado parcialmente por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, dada su importancia histórica en el manejo de temas de contratos de públicas, antes de la existencia de la Ley 80. Este decreto ordinario dicta disposiciones normativas para los contratos de la Nación y de las entidades descentralizadas, en el cual se contiene lo referente a tipos de contratos, la clasificación de estos, la responsabilidad en estos contratos, efectos y como se terminan. De esta manera, la aplicación es cuando se celebren contratos con Empresas Industriales y Comerciales o sociedades de Economía Mixta en las que posea más del 90% del capital social el Estado.

En el artículo 16 del Decreto se establece que los contratos de obras públicas se clasifican como contratos administrativos. E indica que los demás contratos, o según lo dispongan las leyes especiales, se rigen por las normas comerciales, civiles y laborales dependiendo de la naturaleza de estos, excepto en lo relativo a la caducidad.

En este mismo sentido, el artículo 19 indica que se puede realizar la terminación unilateral del contrato a través de una resolución motivada, cuando luego del perfeccionamiento del contrato existan motivos graves o sobrevinientes en la ejecución del cumplimiento del objeto del contrato que conlleve inconveniencias relevantes para el interés público. Se menciona el recurso de reposición contra dicha resolución motivada, siendo la manera de controvertirla, pero, también puede el contratista acudir a las acciones contencioso administrativas. Se liquida el contrato luego de que la resolución quede en firme, teniendo en cuenta el valor compensatorio que se le reconoce al contratista.

Los contratos que rige este decreto pueden modificarse de manera unilateral si el interés público hace que sea determinante el realizar dichos cambios conforme el artículo 20. Pero, no puede variar la clase y el objeto del contrato, debe respetarse todas las ventajas económicas que se otorguen al contratista, se debe reconocer al contratista los costos nuevos sobrevinientes gracias a las modificaciones y debe mantenerse el equilibrio financiero del contrato para las partes.

Igualmente, el artículo 21 indica el procedimiento para una modificación unilateral, el cual determina que las modificaciones de los contratos que sean previsibles deben estar en el pliego de condiciones y deben restaurar el equilibrio financiero. Es la misma entidad pública la que le propone al contratista el procedimiento que puede seguirse, como se debe acreditar y que reconocerá costos nuevos o que si disminuyen gastos según los que se iba a causar. Cuando deba realizarse variaciones al contrato en la etapa de ejecución por causa del interés público. Se deben realizar evaluaciones técnicas y señalamiento de nuevos precios si es necesario.

En el artículo 67 del Decreto 222 se señala que debe pactarse de manera expresa la obligación de garantizar por parte del contratista el cumplimiento del contrato que se suscribe, si hubo anticipo que haya buena inversión de ese dinero entregado y debe constituirse garantía previamente, también la calidad del servicio o la estabilidad de la obra, así como garantizar el salario, indemnizaciones y prestaciones sociales de los empleados que deben trabajar en la ejecución de la obra, y que se dé un buen trato a los equipos que se suministran. Si no se estipula la cláusula de garantías, igual el contratista está en la obligación de constituir las garantías y en el caso en que el contratista se niegue a constituir las garantías, puede terminarse el contrato en cualquier etapa que esté sin que la empresa deba pagar indemnización o reconocer algún dinero, conforme el artículo 68. La cuantía y término de las garantías, la entidad contratante la indica conforme las reglas de la Contraloría General de la República y no puede ser el término menor al de ejecución y liquidación del contrato.

Dentro de los artículos 81 y 87 del decreto 222 se indica que todos los contratos de obras públicas son aquellos que tienen por objeto realizar mantenimiento, construir, instalar, adicionar, conservar, hacer montaje y restaurar bienes inmuebles de carácter público o destinados directamente a un servicio público. Pueden celebrarse los contratos de obra según el valor, por un precio global, por precios unitarios, por sistema de reembolso de pago de honorarios y gastos, a través de otorgar concesiones y por sistema de administración delegada. De esta forma, se puede acordar revisiones en los contratos que se celebren por precios unitarios o precio global conforme las variaciones en los factores que determinan los costos y se tendrá para ello las fórmulas matemáticas escritas en el reglamento, siendo prohibido que el reajuste de la suma sea superior al cien por ciento del valor del contrato indicado en un principio, excepto

si pactaron la fórmula matemática, según lo consagra el artículo 86. Se exige como requisito en el artículo 84 para que se licite o contrate la ejecución de una obra, que se elaboren antes los proyectos, planos y presupuestos necesarios.

A groso modo, según el artículo 88 el contrato a precio global es en el que el contratista obtiene remuneración de una suma global fija, incluidos los honorarios, a cambio de realizar las prestaciones a que se compromete. Otro contrato es a precio unitario, en el cual se pacta el precio por cantidades o unidades de obra y el valor total del contrato es la suma de las obras ejecutadas por el precio, según el convenio que establezcan. En estos contratos, es el contratista el único responsable y realiza a propio nombre, por su cuenta y riesgo la vinculación del personal, de los subcontratos que elabora y de los materiales que obtiene. Por ello, el dueño de la empresa contratante no tiene responsabilidad.

En el mismo sentido, en el artículo 90 se define el contrato de administración delegada como en el que el contratista se encarga de la ejecución del objeto del convenio por riesgo y cuenta del contratante. Siendo el contratista el único responsable de los subcontratos que él celebre y responsabilidad del administrador delegado direccionar la técnica de la obra, según las cláusulas del contrato. La entidad contratante puede entregarle al contratista elementos y equipos de su propiedad, para que las cuiden y devuelvan oportunamente. Se consagra en el artículo 96 que los daños que el contratista cause en la ejecución del contrato y que ocasionen el incumplimiento del contrato, son responsabilidad del administrador delegado y si el contratista no responde por el valor del daño, lo repara la entidad contratante pudiendo exigir que reintegre el valor de los perjuicios causados. Conforme el artículo 99, la entidad contratante escogerá a través de concurso de méritos al administrador delegado si el valor del contrato es de cinco

millones de pesos o más, contrario caso en que fuese inferior el valor o lo autoriza el Consejo de Ministros, ahí el contratista puede ser escogido de manera directa.

El contrato con reembolso de gastos, según el artículo 101, es en el que el contratista ejecuta las obligaciones acordadas en el tiempo indicado con cargo a sus recursos y la entidad contratante va pagando los gastos que el contratista vayan efectuando y comprobando, así como los honorarios, los cuales se pagan conforme las tarifas que aprueba el Gobierno Nacional para las asociaciones profesionales con carácter de cuerpo consultivo del Gobierno.

Como último contrato de obra pública a describir, se encuentra el contrato por el sistema de concesión en el artículo 102, donde una persona llamada concesionario, se obliga a cuenta propia y riesgo a construir, mejorar, hacer adiciones, conservar, hacer restauraciones y mantener una obra pública estando bajo el control de la entidad concedente. Debe remunerársele en derechos o tarifas que cobre primero a los usuarios en un tiempo con precio único o porcentual relacionado con lo que se produce de esos derechos o tarifas, siempre y cuando la autoridad competente lo apruebe. Estos contratos siempre se van a adjudicar por licitación pública.

En el mismo sentido, se consagra en el artículo 104 del Decreto 222 las estipulaciones obligatorias que deben estar de los contratos, además de las cláusulas generales. Es así como debe contener un tiempo de duración no mayor a veinte años, forma parte integral del contrato la utilización de bienes, el concesionario tiene a su cargo la conservación de los bienes de la propiedad, el pago de los salarios de los trabajadores de la obra, la indemnización de perjuicios por daños que ocasionen terceros, entre otros. También debe indicarse cuales son los bienes que

pasan a propiedad de la entidad contratante al vencer el plazo sin indemnización, que debe haber un interventor, que la entidad concedente puede comprar los bienes al concesionario y que es responsable el concesionario de la pérdida o deterioro de los bienes que pasan al contratante. Igualmente, puede la entidad contratante entregar en arrendamiento o venderle al contratista materiales, equipos y demás elementos al contratista en los contratos de obras públicas, y su pago se obtendrá del costo total de la obra.

De la misma manera, en este decreto se prohíbe que pueda contratarse de manera directa o indirecta, comprar y alquilar materiales y equipo para la obra con quienes participaran en los términos de referencia, pliego de condiciones y diseños de la misma. La única excepción, es que se contrate o licite de manera conjunta para el diseño y construcción de la obra, según lo indicado en el artículo 85.

En el Decreto 222 se especifica que para que en el contrato de obra pública se realice previamente licitación pública, dependerá del valor de la obra, conforme el artículo 83. Se considera como precio del contrato el presupuesto oficial o estimativo de costos que la empresa contratante elabora. Si está entre los dos millones de pesos y los veinte millones de pesos no necesita licitación, pero si el valor es superior a los veinte millones de pesos e inferior a los 50 millones de pesos requiere licitación privada. En los casos en que los contratos de obra pública se suscriben por más de cincuenta millones de pesos, debe realizarse previamente la escogencia del contratista a través de licitación pública. En los contratos con precios inferiores a dos millones de pesos no hay contrato escrito y se reconocen las obligaciones a través de resolución motivada que se expide cuando se recibe la obra o trabajo solicitada por escrito previamente por el jefe de la entidad o funcionario encargado.

5.2.2 Jurisprudencia

Ahora bien, la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. adelanta contratos de obra para la construcción o adecuación de redes de energía eléctrica con el fin de garantizar la prestación eficiente y continua del servicio público domiciliario de energía eléctrica, contratos en los cuales se han presentado o se pueden presentar diferencias entre las partes por situaciones como la pandemia generada por el COVID 19. Por lo tanto, para el análisis y determinación de si procede o no reconocimientos a los contratistas en estas circunstancias, se debe primero identificar si se trata de hechos imprevistos y ajenos a las partes que generen un rompimiento del equilibrio económico del contrato, entendido desde la excesiva onerosidad que esto pueda generar a una de las partes del contrato, análisis que debe abordarse desde la teoría de la imprevisión en materia de servicios públicos domiciliarios.

Es así como abordando el análisis de la teoría aplicable, en los contratos de obra de empresas prestadoras de servicios públicos, vista en reclamaciones a causa de contratistas que exigen reconocimientos económicos, asegurando que se presentó un desequilibrio económico, se encuentran unas sentencias del Consejo de Estado que dictaminan pautas específicas a la solución de esta problemática en las empresas prestadoras de servicios públicos. Es un tema muy controvertido y, a través del análisis de las decisiones jurisprudenciales de cinco sentencias se busca tener un criterio más acertado.

Inicialmente, en la sentencia del 28 de septiembre de 2011 del Consejo de Estado como Consejera ponente Ruth Correa, se relaciona la teoría de la imprevisión y el equilibrio contractual haciendo aclaraciones sobre su aplicación excepcional en el derecho privado, dónde el contrato es ley para las partes. De esta manera, se demanda a TELECAFE LTDA por

imposibilidad de cumplir con el contrato celebrado con GENTE MEDIOS LTDA para comercializar espacios de televisión en el canal regional TELECAFE LTDA, dado que se presentaron hechos imprevistos. CONFIANZA S.A en 1993 se subroga en las obligaciones del contratista y demanda el restablecimiento del equilibrio económico y restitución de dinero por parte del contratante TELECAFE LTDA.

CONFIANZA S.A establece un convenio nuevo dónde indican que se someten a la Ley 80 de 1993, además especificaron que podrían modificar las estipulaciones contractuales sino se podían cumplir las expectativas por hechos no imputables a las partes. Hasta marzo de 1994 CONFIANZA S.A pudo hacer funcionar los equipos para que hubiese una correcta señal de televisión y por ello se perdieron muchos meses de comercializar el canal, además el rating bajó. Por lo tanto, CONFIANZA S.A tuvo que pagarle 600 millones de pesos al contratante y como el rating fue tan bajo sólo recuperó la mitad, ya que solo pudo comercializar la mitad de los espacios que inicialmente se habían pactado, por lo cual alega el contratista el rompimiento en el equilibrio económico (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476), 2011).

El derecho público tiene como fundamento el interés general, por lo tanto, el contratista tiene una posición de colaborador frente a las entidades públicas para cumplir los fines del Estado. De esta manera, se ha desarrollado el principio de la ecuación financiera consistente en la correlación entre las prestaciones de cada parte al celebrar el contrato y su permanencia durante la vigencia del mismo, para que al finalizar el contrato cada parte logre la finalidad que esperaba (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476), 2011).

En la contratación pública, el principio del equilibrio financiero busca que se garantice la equivalencia entre las obligaciones y los derechos surgidos al celebrar el contrato. Por lo tanto,

si posteriormente se rompe la igualdad que existía al momento de contratar, pueden adoptar las partes las medidas necesarias para que se restablezca el equilibrio económico, siempre y cuando dichas causas sean ajenas a las partes (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476), 2011).

El contrato entre TELECAFE y CONFIANZA se rige por las normas del derecho privado, por ello los efectos, la forma de interpretarse, los principios, la manera de extinguirse y anularse se basa en el principio consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para las partes. Es así como las partes deben seguir lo que pactaron. De esta manera, la aplicación de las normas de contratación estatal, en las que se basa la teoría del equilibrio económico, se excluyen (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476), 2011).

Se debe seguir lo convenido libre y voluntariamente por las partes, ante desequilibrios económicos en el contrato al celebrarse y posteriormente. Dado que las vicisitudes y los riesgos en la ejecución del contrato deben asumirse por las partes, en principio, conforme lo indicado en el contrato. Lo pactado puede modificarse a través de un nuevo acuerdo entre las partes o cuando la Ley lo autorice. Uno de esos casos corresponde al señalado en el artículo 868 del Código de Comercio conforme la teoría de la imprevisión, es decir, cuando ocurren hechos imprevistos excepcionales en la ejecución del contrato. La teoría de la imprevisión se aplica en los contratos conmutativos cuando el cumplimiento de la prestación se vuelve excesivamente oneroso por la ocurrencia de hechos imprevistos en la ejecución del contrato, para una de las partes (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476), 2011).

La Sala del Consejo en dicha ocasión, describió que las pruebas allegadas por la parte demandante no eran suficientes para acreditar las situaciones imprevistas alegadas en la demanda, ya que no demostraban la afectación económica grave que alegaban por el rating bajo,

las fallas tanto en la cobertura como en la señal emitida, la imposibilidad de CONFIANZA S.A para operar los equipos conforme el tiempo acordado, y por las deficiencias técnicas por parte de TELECAFE S.A. A través de las pruebas se logró verificar en el caso, que CONFIANZA S.A conocía sobre la capacidad técnica que tenía TELECAFE LTDA, y que además los equipos se pusieron en función para una correcta señal desde el 1 de febrero de 1994, siendo estos equipos instalados de potente señal. Posteriormente se instalaron otros equipos en los meses de marzo y abril, ya que a pesar de tenerse una buena señal se compraron equipos nuevos (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476), 2011).

Por consiguiente, el demandante alegó en el proceso que sufrió graves pérdidas en la ejecución del contrato, ya que no hubo comercialización debida de los espacios publicitarios por los hechos extraordinarios ocurridos. Este hecho generó que la ejecución del contrato fuese muy onerosa. Pero, no basta que haya una pérdida financiera grave en la ejecución del contrato, sino que conforme el artículo 868 del Código de Comercio, debe probarse tanto el hecho como las causas imprevistas, ya que no debe ser el contratista quien cause esas circunstancias. De esta manera, no existen pruebas de la existencia de circunstancias extraordinarias ni imprevistas posteriores a la celebración del contrato, que alteraran el equilibrio económico para que se configuraran los presupuestos de la teoría de la imprevisión (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476), 2011).

Además, la aseguradora demandante continuó realizando la comercialización de las pautas publicitarias correspondientes al objeto del contrato que le cedió GENTE Y MEDIOS LTDA, dado que no pudo cumplir a cabalidad con el contrato. Por lo tanto, CONFIANZA se expuso al riesgo por el cual está reclamando. Si GENTE Y MEDIOS LTDA Y CONFIANZA S.A cometieron faltas sobre la previsión y proyección en los análisis de mercado, son estas entidades

las que causaron las pérdidas económicas y no le es imputable a la parte demandada sin fundamentos. Por consiguiente, la Sala decide negar las pretensiones de la demanda (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476), 2011).

La segunda sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera Subsección C del 7 de marzo de 2011, corresponde a la demanda interpuesta por Luis Antonio Rodríguez en calidad de contratista, en contra de la EMPRESA DE ACUEDCUTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P en calidad de contratante. A través de la demanda el accionante solicita que se declare nulo el contrato de obra celebrado en 1994 con el accionado y que se declare responsable al contratante, por los perjuicios causados al contratista por desequilibrio de la ecuación financiera del contrato que las partes previamente liquidaron.

El objeto del contrato de obra radicó en “la renovación y terminación de la red del alcantarillado sanitario y construcción de alcantarillado pluvial en Ciudad de Kennedy”, el cuál debía ejecutarse en 90 días por el precio de \$69.750.000 C/te. El contratista explica que, en el momento de la ejecución de la obra, no les fue entregado los planos de redes de aguas negras de forma pronta y que una vez les entregaron los planos, no eran los correspondientes al sitio del desarrollo de la obra. De esta manera, señala el contratista que desconocía el contratante la obligación de realizar diseños, estudios, planos y evaluaciones con estudios previos para realizar la invitación pública (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683), 2011).

El contratista alega la ocurrencia de hechos imprevistos en la ejecución de la obra, como lo son las excavaciones superiores a tres metros; excavaciones en material de suelo y lodo; calle con caja para pavimentar; incomodidad para los trabajos a realizar por la estrechez; inestabilidad del terreno; tuberías ciegas; tuberías represadas; pozos represados; instalación de tuberías de

aguas negras con agua en todo momento; esquina de la red de acueducto que no correspondía con lo observado en el terreno; falta de obtención de permisos de servidumbres; vías estrechas; pisos removidos una y otra vez; largos desplazamientos de la máquina (retroexcavadora de oruga) UHO al traer los materiales de base, atraque y rellenos al sitio de instalación; incremento en los costos por el cambio de la máquina de llanta a la máquina de oruga; entre otros (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683), 2011).

La administración, puede contratar con particulares para poder cumplir los fines del Estado, de esta manera pueden ejecutar actividades que el Estado no puede. El contratista obtiene un provecho económico al encargarse de realizar dichos actos colaborando con los fines del Estado, mientras que el Estado satisface el interés público (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683), 2011).

Gracias a la conservación del equilibrio financiero del contrato, se busca que se cumplan las expectativas de cada contratante, así como el cumplimiento por cada una de las partes de las obligaciones adquiridas en el contrato a lo largo de su ejecución. Por lo tanto, al terminarse el contrato, se espera que alcancen las partes la finalidad del contrato. De esta forma, debe restablecerse el equilibrio financiero, si las condiciones económicas que se consagraron en el contrato se alteran en la ejecución del mismo perjudicando a una de las partes, por causas ajenas a la voluntad de las partes (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683), 2011).

Conforme el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, deben mantener los contratos estatales la equivalencia en derechos y obligaciones que surgieron al celebrar el contrato. En caso de que se rompa dicha igualdad por causas no imputables a la parte perjudicada económicamente, pueden estas adoptar medidas para que se restablezca el equilibrio económico. Se debe analizar

lo acordado en el contrato, revisar si realmente hubo un desequilibrio financiero y a quien le es imputable, para que se restablezca (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683), 2011).

De esta manera, se menciona en la sentencia que conforme lo indica la teoría de la imprevisión de los contratos, los hechos señalados por la parte demandante no impedían el cumplimiento del objeto contractual, además esas circunstancias no eran imprevisibles para el contratista. En las especificaciones técnicas del contrato allegadas al proceso, se señala que el contratista debía indicar las observaciones necesarias en el acta de iniciación, así como de ser necesario, establecer la eventual propuesta de replanteo. Pero el contratista indicó en esa acta que había inspeccionado y recibido todos los planos de construcción personalmente (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683), 2011).

Igualmente, se demostró que se realizó un estudio en zona aledaña al terreno, donde se constataba el alto grado de inestabilidad del terreno dónde se desarrollaría la obra. Posteriormente, en el sitio de realizar la obra el contratante realizó inspección ocular encontrando medianamente estable el terreno y la interventoría solicitó que el contratista realizara un estudio más detallado del terreno en el laboratorio, pero solo tomaron una muestra a pesar de que fueron variando los planos entregados al contratista para desarrollar la obra. Además la obra se llevó a cabalidad en el plazo establecido (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683), 2011).

Sobre los hechos imprevistos que alegó la parte demandante, se probó que sobre la servidumbre necesaria para instalar la tubería, se obtuvo a tiempo el permiso. De esta manera, los terrenos estuvieron a disposición del contratista para realizar las obras a tiempo, por ello no correspondía a un hecho imprevisible. Del mismo modo, se demostró que hubo desconocimiento de las

especificaciones técnicas contenidas en el pliego de la invitación pública a cotizar, por ello se tuvo que reinstalar unas tuberías, pero no fue un hecho imprevisible. Igualmente, no es un hecho imprevisible los cambios solicitados en el sistema de cimentación, ya que podían haberse sometido a aprobación de la empresa aquellas especificaciones técnicas, las cuales forman parte del contrato (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683), 2011).

En el mismo sentido, logró el contratista terminar las obras a tiempo y el contratante reconoció los valores demás en los que el contratista incurrió, pero los otros valores que el contratista reclama para que le sean reconocidos, no fueron probados. En conclusión, los hechos ocurridos no eran imprevisibles e inesperados, sino que eran probables conforme las especificaciones técnicas que hacen parte del contrato que las partes celebraron. Dado que, especifica el Consejo de Estado, que no basta que desaparezca el beneficio económico de la parte, así como tampoco la existencia de un déficit; de esta manera, es necesario que exista un daño grave y que no sea posible preverse (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683), 2011).

Por lo tanto, la sentencia concluye negando las pretensiones de la demanda, pues no hubo un quebrantamiento al equilibrio financiero, ya que se basa en la teoría de la imprevisión y por lo tanto, debe probar el contratista que los hechos por los cuales se hizo más costoso ejecutar la obra, eran imprevisibles y extraordinarios.

En este orden de ideas, en la tercera sentencia, la cual es del año 2018 con ponencia del Consejero Jaime Rodríguez del Consejo de Estado, se desarrolla la demanda del contratista consorcio R. Y L. LTDA.- JORGE ARIEL VELOSA PEÑARETE contra Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá SA ETB por la falta del reconocimiento de sobrecostos en la obra, a causa de hechos imprevistos ocurridos en la ejecución del contrato de obra celebrado

entre las partes y ya liquidado unilateralmente. Dentro de las circunstancias que aumentaron exorbitantemente los gastos de la obra se encuentra la mayor permanencia en la obra, ejecución de obras adicionales, incremento del IVA y pago inoportuno del anticipo y cuentas.

Ocurrieron dos prórrogas del contrato, por falta de conocimiento del terreno y las condiciones dónde desarrollaría la obra. Pero no es producto de hechos imprevisibles, ya que el contratista estaba en la obligación de analizar los estudios hechos por el contratante, e igualmente indicar si había algo que modificarse o mejorar. Incluso en el contrato se indicó el compromiso de realizar las pruebas de laboratorio necesarias, así como pruebas físicas y eléctricas al empalme, por parte del contratista para la realización de la obra. Entonces, el contratista debía estar en capacidad de lograr prever los factores que pudiesen afectar la ejecución del contrato. Posteriormente, la ETB y la interventoría, tuvieron que solicitarle al contratista que corrigiera algunas obras por fallas encontradas en su elaboración, lo cual le es atribuible al contratista (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1999-01988- 01(38120), 2018).

Además, en este caso hubo una compensación entre las partes, ya que ETB pagó los gastos de los arreglos que debía hacerse a algunas obras dañadas, las cuales no debían ser producto de fuerza mayor o caso fortuito, conforme lo indicado en el contrato. ETB, le descontó al contratista de los pagos que se le debía, para costear los arreglos, conforme el artículo 1715 del Código Civil sobre la compensación, dada la existencia de deudas recíprocas (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1999-01988- 01(38120), 2018).

En el mismo sentido, la empresa contratante ETB no suministró un cable telefónico pronto, pero a través de un dictamen rendido por una ingeniera electrónica, se logró determinar que eso no generaba una parálisis en la ejecución de la obra, puesto que el consorcio debía haber igualmente propuesto cambios y modificaciones a las especificaciones para que se autorizaran

otros cables, lo cual se hizo posteriormente. Pero, ETB incumplió con su obligación de suministrar los materiales a tiempo conforme lo señalado en el contrato suscrito por las partes (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1999-01988- 01(38120), 2018).

A pesar de esto, en el pliego de condiciones se dispuso que las cantidades de la obra eran estimadas para la licitación y que podrían modificarse en el transcurso de la obra y que por dichas variaciones no podía el contratista reclamar. Por lo tanto, era previsible que en el desarrollo de la obra, el contratista necesitaría adicionar cantidades a la obra o realizar obras adicionales. Además, se pactó en el contrato con precios unitarios, dado que era imposible determinar el valor total de la obra exactamente (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1999-01988- 01(38120), 2018).

Sobre las pruebas allegadas por el contratista, la Sala denota que deben probarse los hechos imprevistos y es necesario que se aporten pruebas altamente técnicas, teniendo en cuenta las condiciones económicas que indiquen realmente que el equilibrio financiero se alteró. No acreditó la parte demandante que las prórrogas afectaran el equilibrio contractual incidiendo directamente de forma clara, evidente y material en la parte financiera del negocio jurídico, teniendo en cuenta el diseño económico inicial, en comparación con la situación financiera posterior a los hechos desequilibrantes. Por lo tanto, el que se aumentara el tiempo de ejecución de la obra no constituye por si mismo en una circunstancia imprevista (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1999-01988- 01(38120), 2018).

Se encontró que hubo incumplimiento de las obligaciones contractuales por ambas partes y por ello hubo mayor permanencia de las obras, dado que el contratista tenía la obligación de contar con personal suficiente para realizar la obra, debía aportar el material requerido, realizar las pruebas y estudios, así como todo lo necesario para que no se afectara la ejecución de la obra

por cuestiones climáticas. Incluso, no atendió a tiempo los requerimientos que le hizo la ETB para que corrigiera las fallas que estaban presentándose en las obras entregadas. Además, el contratante no suministró tampoco los cables requeridos a tiempo (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1999-01988- 01(38120), 2018).

La teoría de la imprevisión se caracteriza porque las circunstancias que se presentan son imprevisibles e imprevistas y se busca garantizar la continuidad del cumplimiento de la prestación. Por lo tanto, no es procedente reconocer el desequilibrio económico, dado que el aumento del costo de las obras ocurrió por culpa de las partes, por ello no eran hechos imprevisibles. Concluye la sala indicando que no hubo desequilibrio económico en el contrato y ordena los pagos pertinentes por parte de ETB por el incumplimiento (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-000-1999-01988- 01(38120), 2018).

La cuarta sentencia del Consejo de Estado es la del 26 de julio de 2012, en la cual se analiza el equilibrio económico en los contratos cuando una de las partes es una entidad pública pero el negocio jurídico se rige por el derecho civil y en qué casos debe restablecerse dicho balance. En este caso, El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (FONADE) en el proceso de selección público que abrió para escoger consultores de estudios de concesiones para carreteras, a través del concurso de méritos, adjudica a la sociedad Hidroconsulta Ltda y a la sociedad Ingeniería Argos Ltda, por un valor establecido de la suma global fija con IVA incluido y reajustes. El objeto de dicho proceso contractual correspondió a la rehabilitación y construcción en el proyecto de concesión de carreteras de San Gil-Bucaramanga- San Alberto y el de Bucaramanga-Barrancabermeja. Estos contratos fueron celebrados en 1995 y se rigieron por el derecho comercial y civil (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-1998-01474-01(22756), 2012).

Estando en ejecución el contrato, los contratistas y la entidad contratante decidieron de manera conjunta realizar una adición aumentando el plazo y el valor. Los contratistas solicitaron que se ajustara el valor del contrato una vez concluida la ejecución del mismo y el cumplimiento de todas las prestaciones acordadas, ya que alegaron que sufrieron perjuicios dado que se desequilibró la ecuación económica. El motivo que indicaron es que en el Ministerio de Transporte se ajustaron las tarifas profesionales cuando se estaba ejecutando el contrato y que por ello, los gastos aumentaron, ya que tenía que pagar más dinero el contratista a los profesionales que laboraban (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-1998-01474-01(22756), 2012).

Explica el Consejo de Estado sobre la imprevisión de los contratos, asegurando que al haber imprevisión cabe la revisión, pero esta teoría se aplica en las prestaciones a la que alguna de las partes está obligada y que todavía no se ha cumplido, no se ha extinguido, entonces, no puede admitirse la revisión por la imprevisión cuando se culmina el contrato, así haya incurrido en más gastos que los previstos al ejecutar el contrato. Y al no haber protesta o reserva revela aceptación o 'modificación por conducta concluyente de la parte afectada' (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-1998-01474-01(22756), 2012).

Es así como se determina que no se admite la revisión del contrato por imprevisión si la prestación se cumplió a pesar de la onerosidad excesiva, y eso muestra una aceptación o tolerancia de la parte afectada. La revisión que se hace es sobre la prestación que se cumple a futuro por una de las partes, dado que no se ha cumplido ni extinguido. La imprevisión supone el vigor del cumplimiento de la prestación en el futuro y no faculta a la parte afectada para incumplir la obligación, es por eso que en algunos casos la revisión para corregir el desequilibrio o terminar el contrato se frustra por el cumplimiento del contrato, ya que al

cumplirse se extingue la prestación y al extinguirse resulta impertinente la revisión gracias al artículo 868 del código de comercio (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-1998-01474-01(22756), 2012).

De esta manera se establecen unas pautas dónde las entidades estatales deben responder de manera económica, lo cual puede realizarse a través de condena debidamente proferida por autoridad judicial competente o a través de una transacción o conciliación (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-1998-01474-01(22756), 2012), cuando en el desarrollo de un contrato celebrado legalmente:

- a. Se incumplan las obligaciones contractuales que se indicaron en el acuerdo conforme las voluntades de las partes en el mismo contrato o documentos que hacen parte integral del contrato, que puede ser en el pliego de condiciones, anexos o adiciones posteriores al contrato.
- b. Se incumplen con las obligaciones contractuales de las normas jurídicas a las cuales está inmerso el contrato, bien sean imperativas o normas supletorias, siempre y cuando en estas últimas no se hayan dispuesto nada contrario en el contrato.
- c. Se infringe una obligación derivada de la costumbre, buena fe y equidad.
- d. Se ejercen arbitrariamente facultades exorbitantes para terminar, caducar, interpretar o modificar el contrato.
- e. Se imponen multas o hacen efectivas cláusulas penales pecuniarias fuera de los límites normativos.
- f. Se incumple la obligación de reparar la ecuación financiera y restablecer el equilibrio económico del contrato por alteraciones gracias a la modificación del contrato, hecho del

príncipe o teoría de la imprevisión (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-1998-01474-01(22756), 2012).

Reitera la Sala del Consejo de Estado que cuando un contrato con objeto de estudios para rehabilitación y construcción de obras de infraestructura se celebra por una entidad estatal, que no está sujeto a la Ley 80, es susceptible de análisis judicial y si se prueban los supuestos de hecho para que se aplique, puede condenársele para que se restablezca el equilibrio contractual. En este sentido, según las normas civiles, se reconoce la compensación al contratante si ha incurrido en gastos mayores a los establecidos en el contrato para su cumplimiento, sirviendo de fundamento los principios de la conmutatividad de las prestaciones (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-1998-01474-01(22756), 2012).

En este caso, al ser el contrato de estudios para rehabilitación y construcción de obras de infraestructura vial de interés general, como lo son las obras de ejecución de proyectos de producción, ampliación, abastecimiento y distribución de servicios públicos domiciliarios, tal como lo menciona el artículo 58 de la Ley 388 de 1997; posibilita que el contratista sea una especie de colaborador del Estado. En este sentido, dependiendo del caso y si se presentan pérdidas a causa de modificaciones de las condiciones iniciales pactadas, puede el contratista recibir una indemnización o compensación (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-1998-01474-01(22756), 2012).

Teniendo como base los principios generales del derecho, es así como de existir un detrimento patrimonial del contratista porque se alteró el equilibrio contractual dada la modificación de las condiciones iniciales del acuerdo, debidamente probado y acreditado, se revisa si hay lugar al pago correspondiente. En este caso, no se logra probar el perjuicio económico que se le causó

al contratista por la suspensión de los contratos (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-1998-01474-01(22756), 2012).

Es fundamento normativo la conmutatividad de las prestaciones, y en este sentido, el artículo 831 del Código de Comercio señala como principio que nadie puede enriquecerse a expensas de otro sin justa causa, dado que es una obligación que se reconozca la compensación por los gastos extraordinarios en que se vio envuelto para poder culminar con el objeto del contrato. En el caso concreto, al ser de interés general y para la sociedad útil el contrato de estudios para rehabilitación y construcción de obras de infraestructura vial es posible señalarse al contratista como colaborador del Estado, y conforme las especificaciones del caso puede ser este indemnizado o compensado por las pérdidas sufridas gracias a que las condiciones del contrato se modificaron elevándose los costos afectándose el equilibrio contractual (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-1998-01474-01(22756), 2012).

Es así como concluye el Consejo de Estado que si el contratista acredita que se le generaron pérdidas económicas, dado los mayores gastos en que tuvo que incurrir para lograr cumplir con el objeto de lo que acordaron, afectándose el equilibrio financiero además de que no le es imputable dicho aumento de los gastos, podría revisarse el caso para determinar si se condena a la entidad contratante a pagar. Pero, no son teorías generales las que se plantean en la sala de manera subjetiva u objetiva, sobre cuales casos si debe el contratante responder, ya que va a depender específicamente de las circunstancias que ocurran teniendo como base los principios y reglas mencionados por la Sala, para que el Juez decida si procede el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato a pesar de lo indicado en la Ley 80 de 1993 y el artículo 868 del Código de Comercio (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-1998-01474-01(22756), 2012).

Como regla se tiene entonces que el juez va a ordenar el restablecimiento del equilibrio financiero, por parte del contratante, cuando se suspende la ejecución de un contrato de consultoría para estudios de rehabilitación y construcción en proyectos de concesión de carreteras sujeto al derecho civil y comercial, si las normas de derecho privado indican que puede analizarse judicialmente dicho contrato y condenarse a la entidad estatal a que restablezca el equilibrio porque se probaron los supuestos de hecho que generaron un malestar económico que no debe soportar el contratista. Igualmente, si el contrato involucra un interés general y utilidad para la sociedad, dado que el contratista sería señalado con un colaborador estatal y en esa medida, podría indemnizarse por las pérdidas que se le presentaron, pues se modificaron las condiciones inicialmente pactadas en el contrato (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-1998-01474-01(22756), 2012).

Como decisión, la Sala indica que se realizaron dos peritajes, en los cuales no se probó que hubiese ocurrido un perjuicio patrimonial palpable dados los gastos en que incurrió el contratista, porque hubo suspensión de los contratos. En este orden de ideas, jurisprudencialmente se ha concluido que, si el dictamen pericial no es completo, íntegro y eficiente al punto en que demuestre el menoscabo alegado, el juzgador no lo apreciará (Consejo de Estado, sentencia 25000-23-26-1998-01474-01(22756), 2012).

La quinta sentencia es del 29 de octubre de 2012 del Consejo de Estado Sección Tercera Subsección B, con Ponencia del Consejero Danilo Rojas, dónde se dan pautas sobre cómo se analiza el equilibrio económico en los contratos de obra pública de empresas prestadoras de servicios públicos que se rigen por el derecho civil. En este caso, los hechos radican en que se celebró un contrato de obra pública y otros contratos para ampliar la refinería de Cartagena, entre Construcciones Lety Ltda. y la Empresa Colombiana de petróleos Ecopetrol. Durante la

ejecución insistió el contratista que sufrió un desequilibrio económico porque tuvo que costear mayores gastos no establecidos previamente en el contrato, ya que hubo más permanencia en las obras, así como obras adicionales e ítems no considerados ya que hubo una huelga del sindicato de la Unión Sindical Obrera (USO), siendo esto un hecho que se escapa de la voluntad del contratista. Gracias a esta huelga, no pudieron realizar las labores en el tiempo indicado, así como que se hicieron modificaciones unilaterales por la administración (Consejo de Estado, sentencia 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429), 2012).

Luego de que la obra es entregada, las partes suscriben un acta de liquidación donde el contratista decide que se reserva el derecho a reclamarle a Ecopetrol o recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa por los mayores costos ocurridos en la ejecución de la obra dada la huelga y por las obras que realizaron que no estaban estipuladas en el contrato (Consejo de Estado, sentencia 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429), 2012).

Existen casos dónde una obra dura más tiempo del establecido en el contrato, porque incumple la entidad contratante sus obligaciones o deberes, gracias a hechos ocurridos por fuerza mayor o caso fortuito que, de manera temporal, no permiten la ejecución del contrato y como resultado se afectan los gastos establecidos para la construcción por pagos del equipo utilizado, el personal y demás, así haya o no obras adicionales. Estos costos no estaban previstos por el contratista para cumplir con el negocio jurídico, así que, si logra probar todos los daños y costos elevados que tuvo que solventar sin estar en el contrato establecido para cumplir con la obra, cabe la reparación de los perjuicios (Consejo de estado, sentencia 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429), 2012).

Igualmente, la administración tiene la facultad de ejercer el IUS VARIANDI que permite modificar unilateralmente los términos del contrato, para poder alterar lo que corresponde a la

ejecución y a la prestación agregando obras, suministros o trabajos. Este ejercicio puede generar un desequilibrio económico en los contratos estatales, por lo cual hace nacer a favor del contratista el derecho de que se mantenga la ecuación financiera en la relación jurídica, es decir, se debe pagar el trabajo demás que se realizó, con base en la ley y en los principios del Derecho (Consejo de Estado, sentencia 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429), 2012).

El Consejo de Estado explica que debe probarse la pérdida grave, real y anormal en 'la economía del contrato' para que se reconozcan las causas por las cuales se rompió el equilibrio económico del contrato. Al invocar cualquier causa, debe probarse, porque no es automático el rompimiento del equilibrio económico del contrato estatal, depende de cada caso específico y debe analizarse si existió un impacto grave en las condiciones económicas del contrato (Consejo de Estado, sentencia 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429), 2012).

Es así como se reitera por parte del Consejo de Estado, que es de vital importancia que el contratista pruebe que el Estado modificó el contrato de manera unilateral o que lo incumplió, igualmente, si se alega la ocurrencia de hechos que afectaron el equilibrio financiero del negocio jurídico, debe demostrarse a cabalidad que estos eventos existieron y que por ellos se aumentaron los costos de la obra. Además, para que se admita el restablecimiento del equilibrio económico, debe también el contratista probar, que el rompimiento de la ecuación contractual es grave y no pudo haberse previsto antes resultando más oneroso el cumplimiento de la obra, lo cual no está obligado a soportar (Consejo de Estado, sentencia 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429), 2012).

Una vez más la Sala explica que los reconocimientos económicos, por exigencias de pagos de los contratistas a las entidades prestadoras de servicios públicos por mayores gastos no previstos

no es automática, que debe demostrarse que dichos gastos perjudicaron realmente la economía del contrato desequilibrándola a tal punto que se afecta gravemente el contratista, es decir, su utilidad al realizar la obra contratada. De este modo, debe revisarse con cuidado cada contrato en el que se están haciendo las reclamaciones a ESSA, para determinar en cuales realmente hubo un perjuicio grave financieramente, ya que se exige un grado alto de malestar para la economía del contratista y no simplemente unos gastos extra no previstos.

Por consiguiente, se establecen reglas sobre las razones por las cuales a pesar de que el contratista tuviese que realizar más gastos y que ejecutar mayores construcciones a las establecidas en el contrato de obra por hechos involuntarios que surgieron, que generan perdida del equilibrio económico de la relación jurídica (Consejo de Estado, sentencia 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429), 2012), la entidad pública no debe restablecerlo:

- a. Sino se acreditan con pruebas considerables, por parte del contratista, que realmente denoten que hubo gastos exorbitantes adicionales que afectaron el equilibrio financiero del contrato por incumplimiento de las obligaciones de la entidad pública contratante o por hechos ajenos a la voluntad del contratista para lograr culminar el proyecto contratado, que pueden corresponder a situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, no hay derecho a la indemnización de perjuicios que se produzcan.
- b. Sino prueba el contratista que se presentó un quebrantamiento muy grave de la ecuación contractual, que no pudo haberse previsto y que esto generó mayores gastos a los calculados en el contrato y a los que está obligado como contratista a soportar.

En el caso de la sentencia, no aportó el contratista Lety Ltda la documentación específica del contrato, pliego de condiciones y oferta que presentaron, por ello no se pudo probar que el contratista ejecutó mayores obras y tuvo que costear mayores gastos a los convenidos en el negocio jurídico. Como no hubo pruebas, no prosperaron las pretensiones invocadas de reparación de los perjuicios y restablecimiento del equilibrio económico (Consejo de Estado, sentencia 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429), 2012).

5.2.3 Cuadro de las actividades realizadas en el mes de noviembre y diciembre en la empresa Electrificadora de Santander con motivo de la Práctica Empresarial

ACTIVIDADES REALIZADAS EN EL DESARROLLO DE LA PRÁCTICA		
Nombre del estudiante: Laura Camila Ruiz Cárdenas		
Código universitario: 2150676		
Empresa donde se desarrolló la práctica: Electrificadora de Santander S.A E.S. P		
Director de la Práctica: Héctor Elías Hernández Jaimes		
Tutora de la Práctica: Yehimy Patricia Piza Robles		
Mes	Actividad realizada	Cantidad
NOVIEMBRE	Revisión de certificaciones de ejecución de contratos y órdenes de compra	7
	Revisión de garantías (pólizas)	6
	Revisión de solicitudes de ofertas contractuales	1
	Elaboración de informes jurídicos de contratos	1
	Apoyo en demanda	1
	Elaboración de conceptos	2
	Apoyo de revisión de requisitos procesos de compra y contratación	5

Actualización informe procesos judiciales mensuales	1
Actualización cuadro comité de compras	2
Actualización cuadro de aprobaciones junta directiva	1
Actualización informe procesos judiciales mensuales	1
Proyección de respuesta de PQRS	1
Apoyo en modificaciones del portal de normatividad contractual Ágora de ESSA	4

ACTIVIDADES REALIZADAS EN EL DESARROLLO DE LA PRÁCTICA		
Nombre del estudiante: Laura Camila Ruiz Cárdenas		
Código universitario: 2150676		
Empresa donde se desarrolló la práctica: Electrificadora de Santander S.A E.S. P		
Director de la Práctica: Héctor Elías Hernández Jaimes		
Tutora de la Práctica: Yehimy Patricia Piza Robles		
Mes	Actividad realizada	Cantidad
DICIEMBRE	Revisión de certificaciones de ejecución de contratos y órdenes de compra	17
	Apoyo en demandas	2
	Actualización cuadro comité de compras	3
	Apoyo en modificaciones del portal de normatividad contractual Ágora de ESSA	5

5.3 Tercer informe

5.3.1 Apoyo a respuestas de reclamaciones contratistas ESSA.

En este informe, se describen cinco casos de reclamaciones presentadas a la Electrificadora de Santander S.A E.S. P. por parte de los contratistas de obra, solicitando el reconocimiento de los gastos endilgados en la ejecución de los contratos de obra, por la aplicación de protocolos de bioseguridad o por el aumento de los precios de ciertos insumos o materiales a causa de la pandemia del COVID-19. De esta manera, siguiendo lo descrito en el Instructivo De Contratación Para Reclamaciones Por Hechos Imprevistos A Causa Del Covid-19 En Contratos Obra En La Electrificadora De Santander S.A E.S.P, se apoyó al equipo de Soporte Legal Contratación en el área de Asuntos Legales y Secretaría General, para dar respuesta a reclamaciones y determinar en cada caso, si corresponde o no el reconocimiento de dichos gastos, con base en las normas de derecho privado, la jurisprudencia y la doctrina.

5.3.1.1 Primer caso: Caso del acero

ESSA suscribió contrato de obra con el contratista “X” para la construcción de bodegas y oficinas.

El contratista realiza una reclamación, solicitando que se pacten cláusulas y se revise el contrato de obra para ajustar los precios. Ya que no estaba en la oferta contemplado, lo relativo a los protocolos de bioseguridad, y de esta manera que se incluya este costo. Indica el contratista, que el motivo corresponde a que el acero recto y el acero estructural para cumplir con el contrato, se fabrica en el extranjero y aumentó el precio, ya que el dólar subió debido a la pandemia del COVID-19, en comparación al año 2019, año en el cual el contratista presentó la oferta económica.

Se hace el análisis jurídico validando inicialmente los hechos que dieron lugar a la suscripción del contrato, acorde a la normativa interna de ESSA. Al revisar este caso, se determina que corresponde a la *Etapa número cuatro*, ya que se encontraba en proceso de contratación el contrato de obra, cuando se expidió el Decreto Presidencial que dio la orden del aislamiento preventivo obligatorio.

De esta manera, el proceso contractual fue publicado en la página web de ESSA en noviembre de 2019, se recibió ofertas el 16 de diciembre de 2019 y se envió la carta de aceptación al oferente ganador del proceso contractual el 18 de abril de 2020, firmándose el 13 de mayo la minuta del contrato. El contratante es el que suscribe la comunicación de aceptación de la oferta, y para la fecha de esta, ya se conocía la situación de pandemia por el virus COVID-19, incluso ya se había expedido el decreto presidencial ordenando el aislamiento preventivo obligatorio. El administrador del contrato, antes de que se remitiera la aceptación del contrato, validó si el contrato podía ser impactado de manera excesiva por el COVID-19 y no se contemplaron gastos que pudiesen llegar a impactarlo.

En este sentido se analizan los hechos para determinar si hay desequilibrio económico en el contrato de obra. De esta manera, al realizar el diseñador el análisis del material que sería utilizado para construir la infraestructura debió prever ciertos aspectos que corresponden a las variaciones normales del contrato. Se denota en el estudio de mercado, que existe gran oferta para atender las necesidades del proyecto en el mercado nacional, ya que hay diversos proveedores, tanto fabricantes como importadores. Es el contratista, quien debe determinar la estrategia de compras de materiales para dar cumplimiento al objeto contractual, realizándose la firma del contrato por las partes, bajo el entendido de la existencia de la pandemia del COVID-19.

Es así como se realizó un estudio por parte del administrador del contrato, para revisar la variación de la TRM del dólar (tasa representativa del mercado), dónde se realizó una tabla desde los últimos meses del 2018 hasta finales del 2020, concluyendo que la variación de finales de 2018 y 2019 fue de 11,17% y para finales de 2020 el 11,59%. De esta manera se indica que era de esperarse la variación del dólar en esos precios, dada la tendencia de los años anteriores. Se revisó igualmente, una tabla de las variaciones del precio del acero conforme los datos del DANE, dónde se encontró una variación de precios similar en el año 2020 en comparación con los años 2018 y 2019 del acero y elementos metálicos, pero en cables y estructuras de acero si se denotó una variación mayor. Por ello deberá el contratista probar, que hubo un desequilibrio económico en el contrato que les generó una afectación muy grave y que el motivo es la pandemia del COVID-19.

Es así como el contratista no previó para la oferta, el precio histórico del acero ni las variaciones del dólar para tener en cuenta la proyección en la ejecución del contrato. El valor de la oferta era la más económica de las que se realizaron y el oferente sustentó sus precios en acuerdos de mercado con proveedores conocidos, por lo que se continuó con la aceptación ya que el valor está dentro del tope del valor mínimo del presupuesto. Sin embargo, según lo que menciona el mismo contratista en su reclamación, el contratista basó los precios de su oferta en los valores de los materiales al momento de presentar la oferta y no revisó de manera detallada la fluctuación de dichos precios conforme años anteriores, por lo que si el contratista presentó una oferta que no es conveniente económicamente para él, dicha circunstancia no es imprevisible ni atribuible al COVID-19 sino a su propia culpa.

El régimen que cobija a las empresas de servicios públicos domiciliarios corresponde al derecho privado, conforme lo estipulado en la Ley 142 de 1994, por ello debe probarse el desequilibrio

contractual. Para lo cual, debe demostrarse la afectación económica de una de las partes, no solamente con algún aumento en los precios, sino que se haya afectado gravemente una de las partes generándole costos excesivos en la ejecución del contrato que no tenían establecidos, a causa de hechos imprevistos. En este caso, se identifica que no se prueba ese impacto grave en la ecuación financiera del contrato de obra de este caso. Conforme las pruebas allegadas por el contratista, no se determina si hubo una pérdida total del componente de Utilidad (U) del contrato de obra.

Además, no se prueba el rompimiento del equilibrio económico del contrato, ya que el contratista menciona que se incrementó el costo en uno de los materiales que debe suministrar para la ejecución del contrato, pero no allega ningún soporte que pruebe que ese incremento no es un alea normal del contrato y que es excesivamente oneroso para la ejecución del contrato, menos que dicho incremento haya sido imprevisible para él como contratista experto, cuyo objeto social es la ejecución de obras de ingeniería civil.

Finalmente, ESSA da respuesta negativa a la solicitud de reajuste de precios del acero en la oferta para el contrato de obra, no se prueba el rompimiento del equilibrio económico, y para que se reconozcan los gastos tanto de protocolos de bioseguridad como aumentos en los precios de los materiales, debe probarse que en la ejecución del contrato se hicieron gastos excesivos que afectan gravemente al contratista al punto en que no se les genera utilidad, que rompen la ecuación financiera del contrato por un hecho imprevisto.

5.3.1.2 Segundo caso: Caso expansión

El 10 de abril de 2018 envió ESSA la carta de aceptación de la oferta al contratista para desarrollar el objeto del contrato consistente en la construcción de obras eléctricas y civiles para expandir redes eléctricas. Se firmó la minuta del contrato por las partes el 13 de abril de 2018.

El contratista de obra solicitó reconocimiento económico, ya que las obras en ejecución del contrato celebrado con ESSA, tuvieron que suspenderse a raíz del Decreto Nacional 457 de 2020 que ordenó el aislamiento preventivo obligatorio. En este sentido, enviaron a vacaciones a los trabajadores, y cuando se reactivaron las actividades, el contratista tuvo que disminuir la cantidad del personal realizando la construcción. Por ello, solicita el contratista apoyo económico.

Se realiza el análisis jurídico, en primera medida determinando a qué etapa corresponde esta reclamación, la cual es la *Etapas número uno*. De esta manera, se indica que, por el tiempo en suspensión, no hay reconocimientos económicos por parte de ESSA, dado que se suspendieron las actividades por fuerza mayor, ya que obligatoriamente las personas del territorio colombiano, salvo excepciones, tuvieron que cesar sus actividades laborales para quedarse en casa por orden del Gobierno Nacional.

En este caso, el contratista no demostró la afectación económica como para realizar un reconocimiento económico al contratista, sólo mencionó en la reclamación que tuvieron que disminuir la cantidad del personal, pero no allegó pruebas, dado que debe demostrarse el desequilibrio financiero en el contrato, pues solo la pandemia como hecho imprevisto no basta. Igualmente, para reconocer gastos por los protocolos de bioseguridad para mitigar la propagación del COVID-19, debe demostrar el contratista que efectivamente tuvo los gastos que está reclamando, que esos costos implicaron un desequilibrio económico en el contrato y que no le son imputables a él dichas erogaciones. De esta manera, debe demostrarse una afectación financiera por gastos excesivos en el contrato a causa de la pandemia del COVID-19, lo cual no se probó.

5.3.1.3 Tercero caso: Caso subestación

El 21 de junio de 2019 se suscribió un contrato de obra con el objeto de construir una subestación.

En este caso, el contratista indica que incurrió en sobre costos porque se implementaron los protocolos de bioseguridad a causa del COVID-19, igualmente por el tiempo en que estuvieron sin ejecutar actividades de la obra desde el 23 de marzo hasta el 21 de abril del 2020. Por ello solicita el reconocimiento económico por parte de ESSA. Dado que señalan, fueron circunstancias imprevistas y ajenas a las partes las que generaron que el contratista tuviese gastos no establecidos en la celebración del contrato. Alega el contratista que hay un desequilibrio económico conforme el artículo 868 del Código de Comercio.

En este sentido, se realiza el análisis jurídico en primera medida, estableciendo que corresponde a la *Etapa número uno*, porque se reclama económicamente, solicitando reconocimientos de costos por el tiempo en que estuvo en suspenso la obra, gracias al Decreto Presidencial 457 de 2020 que ordenó el aislamiento preventivo obligatorio; y corresponde a la *Etapa número dos*, ya que se venía ejecutando el contrato cuando ocurrió el hecho de la pandemia COVID-19.

Respecto a la suspensión del contrato, fue un hecho de fuerza mayor, ya que el Gobierno Nacional ordenó obligatoriamente el cese de las actividades laborales de las personas del territorio colombiano, salvo por algunas excepciones. En este sentido, no se acepta reconocimiento económico sobre los gastos ocurridos mientras la suspensión del contrato, ya que cada una de las partes debe asumir las cargas económicas que se generaron en ese momento.

Se da respuesta al contratista explicando que el régimen que cubre los contratos suscritos por las empresas prestadoras de servicios públicos es el derecho privado, conforme lo indican los

artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994. Por lo tanto, el contrato se basa en el principio de ser ley para las partes conforme el artículo 1602 del Código Civil. Pero, una de las excepciones del principio ‘el contrato es ley para las partes’ en el derecho privado, es la teoría de la imprevisión. La cual, exige que se pruebe concretamente la afectación económica en el contrato, para lo cual debe realizarse un balance revisando los ingresos del contratista, sus gastos y los costos del contrato.

Se explica que la teoría de la imprevisión se basa en que los hechos sean extraordinarios y que excedan todo lo razonable que pueda preverse. Por ello debe probar el contratista que hay una pérdida real en sus finanzas debido a la ejecución del contrato.

En la reclamación el contratista menciona los gastos que ha tenido por la pandemia en lo relativo a los protocolos de bioseguridad, indica los valores, pero no allega facturas o pruebas concretas que demuestren que realmente hubo dichos gastos excesivos relacionados con la pandemia.

Por lo tanto, no se accede a la solicitud del contratista, ya que no probaron la excesiva onerosidad en el contrato que demostrara un rompimiento en el equilibrio financiero, ya que la información que allegaron no indica que tuvo gastos excesivos.

5.3.1.4 Cuarto caso: Construcción equipos electrónicos

El 20 de abril de 2020 se envió la carta de aceptación de la oferta por parte de ESSA al contratista, para que ejecute el contrato cuyo objeto corresponde a la construcción e instalación de equipos para bodegas y oficinas. El proceso contractual inició en diciembre de 2019.

El contratista realiza una reclamación a ESSA, ya que considera que no puede ejecutar el contrato por la situación de pandemia, dado el desequilibrio económico en el contrato de obra.

Contrato para el cual se necesita adquirir piezas para la construcción de los equipos electrónicos,

que indica el contratista, son de adquisición en el extranjero y como el dólar aumentó, el costo de estos igualmente. Es así como reclaman que aumentó en un 15% el valor del proyecto, unido al hecho de los gastos por los protocolos de bioseguridad para mitigar el virus del COVID-19.

A través del análisis jurídico, se revisa inicialmente que corresponde el contrato a la *Etapa número cuatro*, ya que éste se encontraba en proceso de contratación. Cuando se expidió el Decreto Presidencial que dio la orden del aislamiento preventivo obligatorio.

Al analizar el contrato de obra, se tuvo presente las pruebas para determinar si realmente hubo un gasto excesivo por parte del contratista, que fuese un hecho imprevisible el motivo de dichos gastos y que realmente desbordara a la ecuación económica del contrato, al punto que afectara al contratista. De esta manera, se da respuesta al contratista indicándole que no se accede al ajuste económico, ni se reconocen los gastos por parte de la empresa.

Ya que, se encontró que todas las piezas para los equipos tecnológicos que necesitan, fueron adquiridas por el contratista en Colombia, en pesos colombianos, conforme lo señalaban las facturas de estos elementos. A la fecha, las piezas están en poder del contratista y sus precios no se vieron afectados por la pandemia en un grado tal que impacten la oferta hecha por el contratista. De esta manera, no se evidencia una relación real con el COVID-19 y el aumento del precio indicado por parte del contratista. Además, los oferentes deben tener en cuenta todas las previsiones y análisis de mercado para determinar el valor que ofertan en el proceso contractual, evaluando diversas posibilidades.

Por ello, no se probó la onerosidad excesiva, ni el desequilibrio económico por un hecho imprevisto, dado que no se probó dichos gastos excesivos, ni su relación con la pandemia.

5.3.1.5 Quinto caso: Caso Pruebas COVID-19

Se realizó una renovación del contrato de obra entre ESSA y el contratista 'X' con objeto de adecuación y reestructuración de subestaciones eléctricas, el día 27 de noviembre de 2019.

El contratista presenta una reclamación ante ESSA para pretender el reconocimiento de los costos que les ha generado el pago de pruebas COVID-19 a sus trabajadores, así como elementos de bioseguridad por la implementación de los protocolos ordenados por el Gobierno Nacional, para mitigar el contagio del virus COVID-19. En la reclamación solo se señala el costo y cantidad de elementos de bioseguridad comprados para sus trabajadores y las pruebas practicadas para detectar el virus.

En este sentido, se procede a realizar el análisis jurídico de la reclamación, en la cual se determina que este contrato corresponde a la *Etapa número dos*, ya que se celebró antes de la llegada de los casos con COVID-19 a Colombia, así como antes del Decreto Presidencial que ordena el aislamiento preventivo obligatorio, encontrándose en ejecución el contrato.

De esta manera, el administrador del contrato debe validar si los costos indicados en la reclamación, exceden el componente de la utilidad (U) que el contratista esperaba. Dado que, se estableció en el análisis de riesgos realizado en el proceso de la renovación del contrato, que debía seguirse lo señalado por cada municipio en sus Decretos para realizar la obra. En este sentido, una vez se reactivaron los contratos de obra por Decreto Nacional, en cada municipio se impartieron unas ordenes de cómo se manejaría la pandemia.

En este sentido, al tener que ir los trabajadores a los municipios a ejecutar el contrato, en la mayoría de estos se decretó que todo el que fuese a ingresar al municipio, debía presentar el resultado de la prueba del COVID-19 negativa. Por ello, en virtud de la aplicación de lo

señalado en el análisis de riesgos, se acordó que el contratista le daría la información al administrador del contrato, sobre todas las pruebas COVID-19 que se realizaran a sus trabajadores.

En este sentido, se dio respuesta al contratista indicando que el régimen contractual de ESSA, corresponde a las normas del derecho privado por disposición de los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, por lo cual, la reclamación se analizó a la luz de lo contemplado en el Código Civil y Código de Comercio. Conforme el artículo 868 del Código de Comercio, la teoría de la imprevisión es una excepción al principio ‘el contrato es ley para las partes’ del artículo 1602 del Código Civil.

Por lo tanto, puede el contratista exigir la revisión del contrato, cuando hay una ruptura del equilibrio económico, ya que no puede soportar cargas más allá de las que le corresponden. Es procedente la teoría de la imprevisión, cuando en el contrato conmutativo, el cumplimiento del contrato se torna excesivamente oneroso para una de las partes, por hechos extraordinarios, imprevisibles y ajenos a una de las partes.

Dentro de los requisitos para que se deba restablecer el equilibrio financiero, es que el contrato sea conmutativo, bilateral y de ejecución sucesiva, que se presenten hechos imprevisibles luego de la celebración del contrato, que estos hechos agraven o afecten a una de las partes haciendo más oneroso el contrato de lo pactado, y que el acontecimiento sea ajeno para las partes.

Por ello se explica al contratista que, no sólo debe realizarse una reclamación indicando costos a causa de la pandemia del COVID-19, sino que debe probarse esos gastos excesivos que afectan el equilibrio financiero del contrato, haciéndolo más oneroso para una de las partes. Es decir, que debe probarse la existencia real de una afectación frente a la ejecución contractual.

La teoría de la imprevisión aplica cuando demuestre el contratista que el hecho no corresponde al alea normal del contrato, ya que es imprevisible, extraordinario y que alteró de manera grave la ecuación financiera del contrato, afectándolo.

Debe entonces, probarse un déficit de la economía global del contrato, en la que se revisen los ingresos del contratista, todos los gastos y costos imputables al contrato, comparándolos para determinar si no hay ninguna ganancia. Debe probarse que se encuentra en déficit, que hay una pérdida real, es decir que no hay ganancia alguna. Ya que debe revisarse todo el costo del contrato en su totalidad, para determinar si hay una afectación real a la economía de este y así poder reconocer dichos costos.

En consecuencia, dado que el contratista no demostró estos elementos para dar aplicación a la teoría de la imprevisión en los contratos conforme la normativa vigente respecto a probar que efectivamente realizaron los gastos descritos por protocolos de bioseguridad en la reclamación, no se accede a la solicitud de reconocimiento de dichos gastos. Por otro lado, está en revisión por parte del administrador del contrato, lo relativo a determinar si se realizaron las pruebas COVID-19 señaladas en la reclamación y que efectivamente dichos gastos superaron la utilidad (U) del contratista.

5.3.2 Cuadro de las actividades realizadas en el mes de enero y febrero en la empresa Electrificadora de Santander con motivo de la Práctica Empresarial

ACTIVIDADES REALIZADAS EN EL DESARROLLO DE LA PRÁCTICA
Nombre del estudiante: Laura Camila Ruiz Cárdenas
Código universitario: 2150676
Empresa donde se desarrolló la práctica: Electrificadora de Santander S.A E.S. P

Director de la Práctica: Héctor Elías Hernández Jaimes		
Tutora de la Práctica: Yehimy Patricia Piza Robles		
Mes	Actividad realizada	Cantidad
ENERO	Revisión de certificaciones de ejecución de contratos y órdenes de compra	10
	Revisión de garantías (pólizas)	5
	Actualización informe procesos judiciales mensuales	1
	Elaboración de informes jurídicos de contratos	1
	Revisión de medidas de apremio	1
	Actualización cuadro comité de compras	2
	Apoyo de revisión de requisitos procesos de compra y contratación	8
	Actualización cuadro control Responsabilidad Civil Extracontractual	2
	Apoyo en subir los procesos en la plataforma para los abogados	50
	Elaboración de conceptos	1
Apoyo respuestas a contratistas	6	

ACTIVIDADES REALIZADAS EN EL DESARROLLO DE LA PRÁCTICA
Nombre del estudiante: Laura Camila Ruiz Cárdenas
Código universitario: 2150676
Empresa donde se desarrolló la práctica: Electrificadora de Santander S.A E.S. P
Director de la Práctica: Héctor Elías Hernández Jaimes
Tutora de la Práctica: Yehimy Patricia Piza Robles

Mes	Actividad realizada	Cantidad
FEBRERO	Revisión de certificaciones de ejecución de contratos y órdenes de compra	4
	Revisión de garantías (pólizas)	6
	Apoyo de revisión de requisitos procesos de compra y contratación	1
	Elaboración de informes jurídicos de contratos	1
	Apoyo en subir los procesos en la plataforma para los abogados	20
	Actualización cuadro comité de compras	2
	Auditoría de los abogados en los procesos	1
	Apoyo respuestas a contratistas	2
	Apoyo de revisión de requisitos procesos de compra y contratación	1

6 Conclusión

A través de la práctica empresarial que se realizó en la empresa Electrificadora de Santander S.A E.S.P, se logró cumplir con el objetivo de la modalidad de grado de práctica jurídico empresarial, dado que el aprendizaje universitario de la carrera de Derecho en áreas como Derecho Administrativo y Derecho Privado se pusieron en práctica. Así como se desarrollaron conocimientos a través del apoyo al Área de Contratación, en lo relativo al proceso contractual entre una empresa de servicios públicos y contratistas, para culminar el proceso contractual con la adjudicación y posteriormente todo lo necesario para modificar los contratos, si fuese el caso.

En esta medida, la identificación de la problemática conforme la actual situación de la pandemia en los contratos de obra, se logró abordar y desarrollar de la mejor manera, para tener el producto del Instructivo De Contratación Para Reclamaciones Por Hechos Imprevistos A Causa

Del COVID-19 En Contratos Obra En La Electricadora De Santander S.A E.S.P y su utilidad en el análisis de los casos que se apoyó, así como en el futuro para las demás reclamaciones que se sigan presentando en ESSA por los contratistas de obra. Con el instructivo desarrollado, se tiene en ESSA unas pautas claras que permiten que los administradores del contrato tengan las herramientas para dar respuesta a los contratistas, así como que sepan qué hacer, cómo es el orden de las respuestas a dar, qué pasos se siguen y cuál es el apoyo que se brinda jurídicamente desde el equipo de Contratación del Área de Asuntos Legales y Secretaría General. Igualmente, el presente trabajo de grado es la base para que desde el área jurídica se analice cada contrato y las respuestas estén apoyadas desde lo legal, doctrinal y jurisprudencial.

Este instructivo es el producto de la revisión y análisis doctrinal, jurisprudencial y normativo de la teoría de la imprevisión, lo cual permite dar respuestas claras a los contratistas, con fundamentos y que se eviten sanciones por parte de la Contraloría, ya que con fundamentos se analiza contrato por contrato para determinar los requisitos para que proceda en cada caso el reconocimiento a favor de los contratistas, a causa de las reclamaciones que se han ido presentando, dónde alegan sobrecostos en las obras con motivo de la pandemia del COVID-19.

Referencias

Arce, D. (2003). El contrato de obra, razones de las órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas. *Vniversitas*. 52(105), pp.281-295 Recuperado de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14849>

Código civil [Código] (15 de abril de 1887) 6ta ed. Legis

Código de Comercio [Código] (27 de marzo de 1971) 4ta ed. Legis

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [Código] (18 de enero de 2011) 3ra ed. Legis

Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo Sección Cuarta (1 de marzo de 2012). Sentencia 11001-03-27-000-2009-00042 00(17907) [CP William Giraldo Giraldo]

Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo Sección Tercera (26 de julio de 2012). Sentencia 25000-23-26-000-1998-01474-01(22756). [CP Danilo Rojas Betancourt]

Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B (29 de octubre de 2012) Sentencia 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429) [CP Danilo Rojas Betancourt]

Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B (28 de septiembre de 2011) Sentencia 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476) [CP Ruth Correa]

Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C (7 de marzo de 2011) Sentencia 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683) [CP Olga Melinda Valle De La Hoz]

Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C (8 de junio de 2018) Sentencia Consejo de Estado 25000-23-26-000-1999-01988- 01(38120) [CP Jaime Enrique Rodríguez]

Congreso de Colombia (11 de julio de 1994) Ley sobre el régimen de los servicios públicos domiciliarios [Ley 142 de 1994].

Congreso de Colombia (16 de julio de 2007) Ley que modifica sobre medidas de transparencia la Ley 80 de 1993. [Ley 1150 de 2007]

Congreso de Colombia (28 de octubre de 1993) Ley por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [Ley 80 de 1993]

Constitución política de Colombia [Const.] (1991) 2da Ed. Legis

Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (2020) Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/contratista>

Essa. Información corporativa. Recuperado de: <https://www.ESSA.com.co/site/informacion-corporativa/quienes-somos>

Epm. Nuestra empresa. Recuperado de: <https://www.epm.com.co/site/home/nuestra-empresa>

Hinestrosa, Fernando. (2015). Tratado de las obligaciones. de las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico, vol. ii, t. ii. pp. 509-534. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Matute, M. (2018). El factum principis como técnica de equilibrio económico del contrato administrativo. (Título profesional). Recuperado de <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/15516/El%20factum%20principis%20como%20tecnica%20de%20equilibrio%20economico%20del%20contrato%20administrativo%200.pdf?sequence=1#:~:text=El%20factum%20principis%20es%20una,la%20Administraci%C3%B3n%20P%C3%AB>

Ministerio de Salud y Protección Social (24 de abril de 2020). Por medio de la cual se adopta el protocolo general de bioseguridad para mitigar, controlar y realizar el adecuado manejo de la pandemia del Coronavirus CODIV-19. [Resolución N° 666] DO: 51295

Ministerio de Salud y Protección Social (24 de abril de 2020). Por medio de la cual se adopta protocolo de bioseguridad para el manejo y control del riesgo del Coronavirus COVID-19 en el sector de la construcción de edificaciones. [Resolución N° 682] DO: 51298

Paz y Miño, R; & Zavala, M. (2020). Imprevisión contractual derivada de la pandemia. *Novedades jurídicas*. pp. 42-51. Recuperado de: <https://corralrosales.com/imprevision-contractual-derivada-pandemia-el-comercio/>

Pérez, MR; Gómez, JJ; & Dieguez, RA. (2020). Características clínico-epidemiológicas de la COVID-19. *Rev haban cienc méd* [Internet], 19(2). Recuperado de: <http://www.revhabanera.sld.cu/index.php/rhab/article/view/3254/2505>

Plasencia-Urizarri TM, Aguilera-Rodríguez R, Almaguer-Mederos LE. (2020). Comorbilidades y gravedad clínica de la COVID-19: revisión sistemática y meta-análisis. *Rev haban cienc méd* [Internet], 19(supl). Recuperado de: <http://www.revhabanera.sld.cu/index.php/rhab/article/view/3389>

Polo, Carmen. (2019). Incumplimiento esencial del contrato en la legislación civil y comercial colombianas a partir del moderno derecho de contratos. *Revista Vis Iuris*, 6(11): pp.9-69. Enero - junio.

Presidente de la República (8 de abril de 2020) Por el cual se imparten instrucciones por la emergencia sanitaria generala por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y para mantener el orden público. [Decreto 531 de 2020]

Presidente de la República (2 de febrero de 1983) Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas [Decreto 222 de 1983]

Superintendencia de Servicios Públicos. Oficina Asesora. Concepto Unificado 20. (2017).

Recuperado de:

https://www.notinet.com.co/administrativo/servicios_p%C3%BAblicos/Regimen%20juridico%20de%20las%20empresas%20prestadoras

Reyes, L. (2020). Covid 19 y la teoría de la imprevisión. Asuntos Legales. Recuperado de:

<https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/luis-fernando-reyes-ramirez-3010945/covid-19-y-la-teoria-de-la-imprevision-3022483>

San Martín, L. (2016) Contrato para la confección de obra material. naturaleza jurídica y otros problemas dogmáticos. Revista de Derecho Coquimbo, 23(2). Recuperado de:

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532016000200005&lng=en&nrm=iso&tlng=en

Varsi, et.al., (2020). La pandemia de la covid-19, la fuerza mayor y la alteración de las circunstancias en materia contractual. Acta Bioethica, 26(1). Recuperado de:

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2020000100029

Apéndice A. Instructivo de contratación para reclamaciones por hechos imprevistos a causa del covid-19 en contratos obra en la Electrificadora de Santander S.A E.S.P

**INSTRUCTIVO DE CONTRATACIÓN
PARA RECLAMACIONES POR HECHOS IMPREVISTOS A CAUSA DEL COVID-19
EN CONTRATOS OBRA EN LA ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A E.S.P**

1.INTRODUCCIÓN

La Electrificadora de Santander S.A ESP, es una empresa prestadora de servicios públicos mixta de nacionalidad colombiana, constituida como sociedad por acciones, específicamente como sociedad anónima. ESSA se encuentra sometida al régimen general de los servicios públicos domiciliarios y ejerce sus actividades dentro del ámbito del derecho privado como empresario mercantil. Respecto a la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios, tienen un régimen jurídico especial de carácter mixto, integrado por reglas de derecho privado y excepcionalmente por reglas de derecho público, conforme la Ley 142 de 1994 por la cual se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios.

ESSA es una empresa prestadora de servicios públicos de segundo nivel, dado que, ya que tiene sobre ella participación Empresas Públicas de Medellín E.S.P, la cual es una empresa de servicios públicos descentralizada de primer nivel organizada como Empresa Industrial y Comercial del Estado.

En la empresa Electrificadora de Santander S.A E.S.P, a causa de la pandemia del año 2020 por los múltiples problemas del COVID-19, se han presentado reclamaciones por parte de los contratistas de obra, quienes alegan desequilibrio económico de sus contratos ya que tuvieron que suspender un tiempo las construcciones que estaban llevando a cabo de los contratos celebrados con la Electrificadora conforme el Decreto 457 de 2020 por el cual se ordena el aislamiento preventivo obligatorio, bien sea estas obras de construcción y/o mantenimiento de redes eléctricas así como modernización de las plantas principales de energía para aumentar la cobertura del servicio de energía eléctrica para la comunidad o garantizar la sostenibilidad de dicho servicio.

Posteriormente, el Decreto 531 de 2020 autorizó que los contratos de obra pública continuaran su ejecución. De esta manera ESSA reinició las labores suspendidas de los contratos de obra, con el compromiso de que los contratistas implementaran los controles y protocolos de bioseguridad establecidos por el Gobierno Nacional para la protección de la vida de las personas y mitigar la propagación del virus. Por ello, alegan los contratistas que se ha elevado los costos antes pactados en sus contratos por la implementación de protocolos de higiene, instalación de lavamos, por el suministro de insumos e implementos a los trabajadores como tapabocas, guantes, caretas así como modificar la estructura operativa de cada proyecto cambiando los horarios de trabajo,

intercalando trabajadores, pagando transportes diferentes a la propuesta inicial a raíz de la cantidad de pasajeros que pueden trasportarse en un vehículo por causa del COVID-19.

De esta manera, a través del análisis teórico práctico de la doctrina, jurisprudencia y normas relativas a la teoría de la imprevisión en los contratos regidos por el derecho privado, se apoya al equipo de Soporte Legal Contratación del Área de Asuntos Legales y Secretaría General de ESSA para la revisión de los contratos de obra en los cuales se reclama el restablecimiento del equilibrio financiero.

2. OBJETIVO

Delimitar los aspectos y requisitos a tener en cuenta para que procedan en cada caso, los reconocimientos del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato de obra de haberse alterado, a través de la elaboración de un instructivo que aborde la temática.

3. ALCANCE

Contratos de obra que se ven afectados tanto en el pasado como en el futuro por sobrecostos en las obras, por implementación de protocolos y controles a causa del COVID-19.

4. DEFINICIONES

- a. **CONTRATO DE OBRA.** Acto jurídico, en el cual se obliga una parte a realizar una obra material específica con otra y a cambio de una remuneración, en la cual no está la persona supeditada a subordinación alguna, ni representación¹.
- b. **CONTRATISTA.** El diccionario panhispánico del español jurídico define al contratista como aquel empresario que está calificado para celebrar contratos con entidades públicas, ya que cumple con los requisitos impuestos por las normas vigentes sobre contratación con la Administración Pública y no estar incurso en alguna de las condiciones que impiden contratar con el Estado conforme el régimen de incompatibilidades e inhabilidades (Diccionario Panhispánico del español jurídico, 2020)².

Luego de un proceso de selección, se escoge de manera imparcial y transparente al contratista que va a realizar las labores indicadas y especificadas en el pliego de condiciones.

¹ Arce, D. (2003). El contrato de obra, razones de las órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas. Bogotá: Vniversitas. Obtenido de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14849>

² Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (2020) Obtenido de: <https://dpej.rae.es/lema/contratista>

- c. HECHO IMPREVISIBLE. Es aquel evento que no puede preverse según la capacidad de previsión de manera razonable y objetiva³.
- d. HECHO IMPREVISTO. Es el hecho que anticipadamente no lo previó el sujeto en su profesión u oficio, en su diligencia o cuidado razonable⁴.
- e. DESEQUILIBRIO ECONÓMICO: Es la alteración de la balanza de las prestaciones contractuales entre las partes por circunstancias imprevistas, generando que sea más costosa la prestación para alguna de las partes.
- f. VALOR DE LA OFERTA: Es el precio que cada proponente determina para ofertar en el proceso contractual de obra. Este valor es la sumatoria de los componentes utilidad, administración y costo directo. Este valor es de carácter confidencial, para garantizar la transparencia de los procesos de contratación.
- g. COSTO DIRECTO: comprende el valor total de cada uno de los gastos que conlleva realizar la obra, es decir, los materiales, salarios, pagos de seguridad social y demás que cada contratista considere según la obra a realizar. Debe determinarse en el costo directo cada ítem, cada gasto, cuando son valores unitarios. Una vez celebrado el contrato, se paga este valor por el contratante según el porcentaje del avance en la obra, conforme lo pactado en el contrato.
- h. VALOR DE IMPREVISTOS (i): El contratista debe establecer el valor de los imprevistos (i), dentro del valor de costo directo. Este valor corresponde a los sucesos extraordinarios que pueden ocurrir y que generan un gasto, siendo una posibilidad la ocurrencia de los mismos.
- i. VALOR DE UTILIDAD (U): Este valor es la ganancia que se establece sacándole un porcentaje al valor total de la oferta. El porcentaje es decidido por el contratista.
- j. VALOR DE ADMINISTRACIÓN (A): Este valor comprende los gastos necesarios que no están asociados en el valor de costos directos. El contratista debe especificar el costo de cada ítem correspondiente al valor de la administración. Sólo se pagan los ítems relacionados en Administración, cuando se prueba que efectivamente se realizaron dichos gastos.
- k. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA: De común acuerdo, pueden las partes acordar modificar las condiciones del contrato, sin variar ni alterar el objeto principal del mismo ni su naturaleza. En este sentido, puede adicionarse dinero, prorrogarse por más tiempo el contrato o modificarse algunos ítems del mismo.

5. DOCUMENTOS DE REFERENCIA

MABCC002 – Manual de lineamientos para la contratación de ESSA.

MABCC001 - Manual de delegaciones de ESSA.

MABCC005 - Manual de procedimientos para la contratación de ESSA.

³ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo Sección Tercera (26 de julio de 2012) Sentencia 25000-23-26-1998-01474-01(22756) [C.P Danilo Rojas Betancourt]

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (21 de febrero de 2012) Sentencia 11001-3103-040-2006-00537-01 [M.P. William Namén Vargas]

6. DESARROLLO

6.1 Etapas en los contratos de obra en relación con la pandemia:

Conforme las reclamaciones que se han estado presentando a ESSA, por parte de los contratistas de obra a causa de la pandemia COVID-19, es necesario dividir en cuatro Etapas los sucesos de los contratos de obra, para determinar la procedencia o no de dichos reconocimientos, de la siguiente manera:

6.1.1 Etapa número uno: Corresponde a la suspensión inminente de contratos de obra de modernización de las plantas principales para aumentar cobertura del servicio de energía eléctrica y de los contratos de construcción de redes eléctricas, desde el 25 de marzo de 2020 hasta el 13 de abril de 2020; dada la expedición del Decreto 457 de 2020, por la emergencia sanitaria del Coronavirus COVID-19.

6.1.2 Etapa número dos: Reactivación de las actividades de los contratos de obra gracias a la expedición del Decreto 531 de 2020 del día 8 de abril de 2020, el cuál estableció unas excepciones a las limitaciones de circulación de personas en el territorio en su artículo 3, dentro de las cuales está la ejecución de obras públicas y de infraestructura.

Por lo tanto, ESSA reinició las actividades de los contratos de obra, previo acuerdo con los contratistas de incluir en los contratos la siguiente cláusula:

“Por la pandemia del covid-19, pueden verse las partes implicadas en consecuencias por los efectos del virus como los contagios en los equipos de trabajo, igualmente por las acciones de terceros o por las directrices que ordenen los entes gubernamentales para mitigar el contagio del virus. Por lo que, si se ve reflejada las consecuencias del virus afectando la ejecución de los contratos de obra, aceptan las partes que van a revisarse las complicaciones en la realización de las obras, para que puedan cumplirse las obligaciones pactadas en principio, con base en la situación actual conocida de pandemia y el régimen contractual aplicable. Por lo tanto, las partes acordarán conjuntamente la manera más conveniente de asumir las consecuencias del virus”.

“NOTA: Agregar un proceso que indique los porcentajes y los montos de los sobrecostos imprevistos, que deben compartir el contratante y contratista, igualmente señalar mecanismos de compensación en esta realidad de la pandemia, siempre y cuando sean necesarios, y especificar si hay nuevas causales eximentes de responsabilidad explícitas para la contingencia y que permitan equilibrar los riesgos de las partes contractuales”.

6.1.3 Etapa número tres: Esta etapa corresponde a los procesos de contratación de obra nuevos, por lo tanto, en este escenario ya no es el COVID-19 un hecho imprevisto, dado que es una situación conocida y afrontada por toda la población mundial.

6.1.4 Etapa número cuatro: Estos son los procesos de contratación de obra que no contienen en las Condiciones Particulares de Obra, las cláusulas relacionadas con el virus COVID-19, Porque se estaban adelantando en el momento en que se ordenó el aislamiento preventivo obligatorio. Al estar en proceso de contratación, no se había firmado contrato por las partes, ni se había seleccionado al oferente en primer orden de elegibilidad, pero los procesos contractuales ya estaban adelantándose.

6.2 Requisitos para reconocer los sobrecostos por el desequilibrio económico conforme las Etapas:

6.2.1 Etapa número uno: El decreto presidencial ordenando el aislamiento preventivo obligatorio por causa de la pandemia del virus COVID-19, frenando las obras civiles y la mayoría de las actividades en el territorio colombiano, representa un hecho ajeno a las partes que es irresistible e imprevisible, es decir representa fuerza mayor o caso fortuito conforme el artículo 64 del Código Civil. En este sentido, teniendo como base el artículo 1602 del Código Civil, representa la fuerza mayor una causal que exime de la responsabilidad.

Por lo tanto, cada una de las partes deberá asumir las cargas económicas y todos los sobrecostos que se generaron mientras estuvieron suspendidos los contratos de obra. No hay lugar a reconocimiento en la medida que las circunstancias que dieron lugar a la suspensión fueron imprevisibles, ajenas a las partes y cada una de ellas deben asumir las cargas que de ello se deriven.

6.2.2 Etapa número dos: Conforme la teoría de la imprevisión de los contratos establecida en el artículo 868 del Código de Comercio, se puede hacer reconocimientos económicos a los contratistas de obra, siempre y cuando:

- a. Se acredite la excesiva onerosidad causada por la implementación de protocolos de bioseguridad, modificación en las jornadas de los trabajadores, mayor tiempo en la ejecución de las obras y demás, con motivo del hecho imprevisto de la pandemia del COVID-19.
- b. Esa onerosidad excesiva debe ser más del cien por ciento de la utilidad del contratista o que se trate de recomposiciones de prestaciones futuras. Pues debe sufrirse realmente una pérdida total de la utilidad esperada por el contratista, para que sea excesivamente oneroso.

6.2.3 Etapa número tres: En este caso, no se hablaría de reclamaciones por parte de los contratistas de obra para que se pague por los sobrecostos del desarrollo de los contratos de obra.

Por lo tanto, en las Condiciones Particulares de Contrato de Obra o en el documento de Renovación del Contrato de Obra, en el capítulo de la Administración debe indicarse la obligación que tiene el oferente en el proceso de contratación de obra, de incluir todos los gastos correspondientes a la aplicación de los protocolos de bioseguridad y demás costos. Debe tenerse como base el estudio de mercado que realiza el contratante conforme los precios actualizados a la época de la pandemia.

Del mismo modo, incluir una cláusula sobre la regulación de la exoneración de responsabilidad general, en el capítulo 6 denominado Ejecución en el documento de Condiciones Particulares Obra o en el numeral 5.5 de Reclamaciones del capítulo quinto de las Condiciones Generales de Obra, de la siguiente manera:

“Causal de exoneración de responsabilidad: El presente proceso contractual se lleva a cabo, siendo conocedoras las partes de la situación mundial de la Pandemia COVID-19, por lo cual es actualmente un hecho conocido y percibido. Por lo tanto, debe el contratista incluir en la propuesta los gastos que conlleva ejecutar el contrato de obra en esta época de emergencia sanitaria, y en el mismo sentido, en el valor de la propuesta debe tenerse en cuenta los parámetros establecidos por el gobierno nacional para la implementación de los protocolos de bioseguridad para disminuir la propagación del virus COVID-19. En el valor de la Administración (A) serán incluidos los gastos de la implementación de medidas preventivas, los cuales deberán ser discriminados en la propuesta por cada proponente. Para que se pague estos valores, debe el contratista probar que realizó efectivamente dichos gastos, los cuales solamente serán costeados por el contratante hasta el valor que en la propuesta se aceptó para tal fin. De esta manera, no habrá lugar a reclamaciones por este motivo”.

Igualmente, en el capítulo séptimo de las Condiciones Particulares de Obra o en el numeral 5.9.1 de las Condiciones Generales de Contratación, es viable que se incluya que el contrato puede terminarse en cualquier momento si la crisis del COVID-19 empeora y no es viable continuar con la ejecución del contrato, así:

“Dar por terminado el contrato porque no es viable su continuación: Puede terminarse el contrato, si la pandemia afecta de forma grave la ejecución de este, a tal punto que sea inviable su continuación. De esta manera, al darse la terminación del contrato porque no es viable su continuación, se le pagará al contratista lo que se ejecutó hasta ese momento y no se pagará por concepto de indemnización o compensación la terminación”.

En este orden de ideas, debe incluirse en el contrato la siguiente cláusula sobre los protocolos de bioseguridad, para dar inicio a la ejecución del contrato de obra:

“Antes de la orden de inicio, el contratista debe allegar todo lo correspondiente a la implementación de los protocolos de bioseguridad para mitigar el contagio del virus COVID-19, conforme las directrices impartidas por el Gobierno Nacional.

Todos los gastos que tengan que ver con las medidas y protocolos de bioseguridad, deben estar dentro del valor de la oferta.

El contratante le indicará al contratista todos los cambios o ajustes que deba efectuar a las medidas de bioseguridad que propuso, en lo que considere necesario. Debe el contratista acatar dichas modificaciones y presentarlas dentro de los siguientes cinco días hábiles de la solicitud. Siendo la inclusión de estos ajustes por parte del contratista, un requisito para que se dé la orden de inicio de la ejecución de la obra”.

6.2.4 Etapa número cuatro: Los casos que pueden presentar esta situación son pocos y debe revisarse:

- a. Si la oferta fue presentada antes de que se ordenara el aislamiento preventivo obligatorio.
- b. Si la oferta fue presentada durante el aislamiento preventivo obligatorio: En este caso, el oferente conoce de la pandemia COVID-19 y de las medidas de seguridad implementadas por el Gobierno Nacional para mitigar el contagio del virus. Por lo tanto:
 - La oferta presentada por el proponente ya debe incluir los gastos de protocolos de bioseguridad en los costos directos.
 - Si el oferente no incluyó los gastos de protocolo de bioseguridad en la oferta, debe indicar las razones por las cuales no lo hizo y determinar si puede negociarse.

En esta etapa del contrato de obra, no se configuran reclamaciones, sino que se reformulan algunos parámetros señalados en la oferta para así lograr la adecuación de los mismos con la realidad del mundo a causa de la pandemia del COVID-19, antes de celebrar el contrato.

6.3 Pasos para determinar el reconocimiento económico al contratista de obra:

6.3.1 Presentación de la reclamación: El contratista de obra, que pretenda el reconocimiento de costos excesivos por el hecho imprevisto del COVID-19, por los gastos ocasionados en ejecución del contrato (hechos pasados), debe presentar una reclamación ante la Electrificadora de Santander S.A E.S.P, la cual debe contener la explicación de los hechos relacionados con la pandemia del COVID-19, gastos, costos y demás pruebas, que demuestre el desequilibrio económico del contrato de obra al punto de la pérdida de la utilidad para el contratista.

Nota: La presentación de la reclamación por parte del contratista de obra para lograr un reconocimiento económico a causa de hechos imprevistos por la pandemia COVID-19, es necesaria para el reconocimiento de sobrecostos ocasionados en contratos de obra de la *Etapa número dos*.

6.3.2 Revisión de la reclamación por el área encargada: El administrador del contrato de obra, recibe la reclamación presentada por el contratista y revisa:

Lo primero, es determinar en qué etapa se encuentra clasificado el contrato de obra en el cual se está realizando la reclamación, es decir, si se encuentra en la *Etapas número uno, dos, tres o cuatro*. Esto con el fin de saber qué pautas deben seguirse conforme este instructivo, proyectando un concepto de esta manera:

- a. Si corresponde a la *Etapas número uno*: Se explica el motivo por el cual no se hace el reconocimiento de los sobrecostos, conforme el *ítem 6.2.1* de este instructivo.
- b. Si corresponde a la *Etapas número dos*: Se revisan los aspectos por los cuales está solicitando el reconocimiento de los costos, revisa las pruebas, los gastos, los estudios que adjuntaron y proyecta un concepto dónde relaciona si el contratista demostró:
 - Si hubo y/o hay mayores gastos por parte del contratista de obra, para la ejecución del contrato conforme lo acordado por las partes.
 - Que estos mayores gastos se deban a la pandemia del COVID-19, bien sea por aumento del precio del material, gastos en protocolos de bioseguridad, por cambios en la jornada, y demás.
 - Que los mayores gastos corresponden a una onerosidad excesiva al punto, que hay una pérdida total de la utilidad del contratista de obra.
- c. Si corresponde a la *Etapas número tres*: Se indica al contratista, que corresponde a un proceso de contratación de obra nuevo, por lo tanto, en este escenario ya no es el COVID-19 un hecho imprevisto, dado que es una situación conocida y afrontada por toda la población mundial. Por lo tanto, en los contratos de obra se incluyeron las cláusulas mencionadas en el *ítem 6.2.3* de este instructivo, dónde se señala, entre otras cuestiones, que debe incluirse dentro de la oferta contractual, los gastos teniendo en cuenta la pandemia por el COVID-19.

6.3.3 Envío de la reclamación al equipo de Soporte Legal Contratación: El equipo de Soporte Legal Contratación de ESSA, recibe el concepto técnico emitido por el administrador del contrato de obra de ESSA, la reclamación del contratista de obra y todas las pruebas allegadas por éste. Una vez aquí, se hace un reparto del abogado que se va a encargar de la correspondiente revisión.

6.3.4 Revisión de la reclamación por parte del equipo de Soporte Legal Contratación: El abogado asignado, tiene un término de cinco días para revisar todos los aspectos y requisitos relacionados al reconocimiento económico del contratista de obra, bien sea a futuro o por los gastos ya realizados.

Por lo tanto, revisa el concepto técnico emitido por el administrador del contrato, verificando que contenga todos los relacionamientos probatorios y también agrega los aspectos jurídicos para la respuesta al contratista. Aquí, el abogado indica si es o no

procedente el reconocimiento al contratista según los soportes allegados y prepara junto con el administrador del contrato la ficha técnica para la presentación al Comité de Conciliación.

6.3.5 Presentación al Comité de Conciliación: El Jefe del Área administradora del contrato, junto con el administrador del contrato y el abogado expondrán al Comité de Conciliación las razones por las que se considera procedente el reconocimiento al contratista, resolverán las inquietudes de los miembros del Comité y solicitarán la aprobación de la solicitud de reconocimiento, así como el valor por el cual procedería el mismo. Posteriormente se enviará respuesta al contratista según determinación del Comité de Conciliación.

6.3.6 Respuesta al contratista de obra: El administrador del contrato de obra, le envía la respuesta al contratista de obra, señalándole los aspectos por los cuales se considera que procede o no el reconocimiento económico por parte del contratante.

6.4 Pasos para el reconocimiento de los sobrecostos al contratista de obra o recomposición de la ejecución futura de las prestaciones en el contrato:

Una vez sea procedente en *la Etapa número dos*, el reconocimiento económico al contratista de obra por los gastos excesivos en la ejecución de la obra a causa de los gastos que genera adecuar todo a los protocolos por el COVID-19 o aumento en los precios por la pandemia:

6.4.1 Reconocimientos pasados: El reconocimiento de gastos y costos ocurridos en el pasado, se hará a través de un acta de transacción entre las partes en la cual se relacionan los soportes que permitan evidenciar la ocurrencia de los sobrecostos y la alteración del equilibrio económico del contrato a causa de la pandemia. Se propone este mecanismo de solución de conflictos en atención a los principios de responsabilidad, economía, celeridad, eficiencia y autonomía de la voluntad, dado que es sencillo, menos oneroso, adecuado para lo que se pretende.

6.4.2 Reconocimientos a futuro: Para los contratos de obra que se encuentran en la *Etapa número dos*, el reconocimiento de gastos hacia el futuro no necesita de una reclamación previa por parte del contratista de obra, simplemente se incorpora al contrato, a través de las modificaciones al contrato de obra.

De esta manera, procede la negociación directa con el contratista, para recomponer la ejecución futura de las prestaciones derivadas del contrato. Esta recomposición se realizará a través de un acta de modificación, para reconfigurar el valor del contrato.

6.4.2.1 Modificaciones en los contratos de obra conforme la *Etapla número dos* al haber reconocimientos: Estas modificaciones deben tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- a. Serán de carácter temporal dichas modificaciones, las cuales deberán incluirse en el valor de administración. En este capítulo, se debe incluir el componente denominado “Implementación de protocolos de bioseguridad para reducir el contagio por el COVID-19”.
- b. Se pagará sin ningún tipo de impuesto o utilidad.
- c. Deberá demostrarse, para el pago de todos los gastos por protocolos de bioseguridad por la pandemia, cada uno de los materiales comprados a través de facturas y probarse que efectivamente le fue entregado al trabajador de la obra.

6.4.2.1.1 Procedimiento para las modificaciones en los contratos de obra: Teniendo como base el Manual de Lineamientos para la Contratación:

- a. Carta de intención del contratista solicitando modificación:

Esta carta debe contener todas las justificaciones por las cuales solicita el contratista la modificación del contrato de obra, detallando los aspectos a modificar, teniendo pruebas, soportes de estudios de mercado señalando a futuro la proyección de los valores y especificar por qué es necesaria dicha modificación a causa de la pandemia COVID-19.

La carta debe estar firmada por el representante legal de la empresa contratista.

- b. Elaboración de documentos por el administrador de la obra y/o técnico:
 - Está encargado de elaborar la justificación de la necesidad de la modificación, estipulando muy bien el por qué debe realizarse dicha modificación en el contrato de obra.
 - Realiza la ejecución presupuestal del año correspondiente a la modificación, para verificar que existe presupuesto destinado para el contrato o si se requiere presupuesto.
 - Determina y realiza el documento de análisis de riesgos del contrato, estableciendo para cada riesgo el nivel en que se encuentra la ejecución del contrato de obra. Dentro de este análisis se identifica las consecuencias de dicho riesgo, las obligaciones del contratista y contratante acerca de las garantías o pólizas que se realizan para controlar el riesgo del contrato. Estos niveles son tres, bajo, medio y alto.
 - Elabora la lista de chequeo de precalificación NIIF.

- Gestiona la elaboración del Certificado de Disponibilidad presupuestal (CDP) en caso de requerirse.
 - Realiza el informe de solicitud de modificación para presentar al Comité de Compras.
 - Elabora el estudio de mercados detallado conforme las especificaciones del Manual de Lineamientos para la Contratación y la Guía para la realización de estudios de mercado, si de adiciona dinero al contrato.
- c. Si se modifica el plazo del contrato:
- Verificar que no se superen tres años del plazo del contrato desde el plazo establecido inicialmente.
- Si se superan los tres años, debe el gerente autorizar dicha adición de plazo, salvo que en la autorización de inicio se haya establecido.
- d. Si se adiciona dinero en el valor del contrato:
- Debe expedirse un certificado nuevo de disponibilidad presupuestal CDP.
 - Si se desea adicionar más del 50% del valor inicial determinado en SMLMV, debe tener autorización del gerente.
 - Se debe gestionar aprobación de la Junta Directiva, si el valor de la modificación supera los 2000 SMLMV.
 - Se debe gestionar autorización de la Junta Directiva si la modificación o suma de las modificaciones de los contratos supera el 30% del valor que se aprobó inicialmente por la Junta Directiva, si se trata de aquellos contratos cuya autorización de inicio de corresponde a la junta Directiva.
- e. Envío de documentos por parte del gestor administrativo y/o técnico al contratista:
- Debe enviar a través del sistema, el formato de conocimiento del tercero para que sea diligenciado por el contratista y devuelto al administrador para que pueda enviarlo al analista LA/FT (revisión de lavado de activos) y realice el experto un informe con los resultados.
 - Debe enviar el formato de declaración de inhabilidades e incompatibilidad para que sea diligenciado por el contratista.
- f. Subir todos los documentos al sistema por parte del administrador del contrato.
- g. Envío de documentos por parte del administrador del contrato al abogado:

El gestor administrativo envía, al equipo de Soporte Legal Contratación para revisión, todos los documentos necesarios para que se aplique la modificación al contrato de obra.

h. Revisión de documentos por parte del abogado:

- Una vez llegan los documentos al equipo de Soporte Legal Contratación, se realiza un reparto al abogado, quién se encargará de la revisión de dichos documentos en el término de cinco días hábiles.
- Al revisar los requisitos y documentos el abogado, los devolverá si debe corregirse algún aspecto.
- Si los documentos se encuentran conformes, se efectúa la aprobación por parte del abogado en el sistema correspondiente.

i. Comunicación de aceptación de la modificación del contrato:

El negociador, quien es una persona del Equipo de Cadena de Suministro, es el encargado de elaborar y remitir el documento de comunicación de aceptación de la modificación al contratista, en caso de que se apruebe.

j. Modificación de las pólizas o garantías:

Siempre que se realiza una modificación en el plazo o en los precios del contrato, debe el contratista modificar el plazo o el valor especificado en las garantías, adaptándolas a la modificación. Por ello debe allegar el contratista, una constancia de la comunicación que envió a la aseguradora, notificando las modificaciones realizadas en el contrato.

6.4.2.2 Negociación directa con el oferente para inclusión de cláusulas en los contratos de obra en la *Etapa número cuatro*:

La negociación directa, es una facultad que se reserva el contratante en el proceso contractual concebida en el Manual de Lineamientos para la Contratación en ESSA y en las Condiciones Particulares de cada proceso contractual, que habilita al contratante para que negocie con uno o hasta tres oferentes, que serán los que se encuentren en primer orden de elegibilidad en el proceso contractual, unas condiciones distintas a las inicialmente solicitadas de carácter económico, técnico, administrativo o de cualquier otra índole, siendo potestad del contratante aceptar la oferta presentada en la negociación directa o previa a la negociación directa, según sea más conveniente para ESSA. Bajo ese entendido:

- a. Si la oferta fue presentada antes de que se decretara el aislamiento preventivo obligatorio:
 - Debe realizarse con los tres primeros oferentes elegibles, una negociación que permita incluir las cláusulas señaladas en el ítem 6.2.3 *Etapa número tres* de este instructivo.

- Debe revisarse la oferta para determinar si es posible reformularse los aspectos que puedan afectarse en la ejecución del contrato por la pandemia del COVID-19, todo lo relativo al rendimiento, protocolos de bioseguridad, las formas de entrega, el plazo, la metodología de ejecución, el desplazamiento, la estructura del equipo de trabajo, y demás.
- b. Si la oferta fue presentada durante el aislamiento preventivo obligatorio:
- Debe realizarse con los tres primeros oferentes elegibles, una negociación que permita incluir las cláusulas señaladas en el ítem 6.2.3 *Etapas número tres* de este instructivo.