



GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA

Radicado: K 2021090000149

Fecha: 11/05/2021

Tipo:
CIRCULAR
Destino:



UNIDOS

Medellín,

CIRCULAR

PARA: SECRETARIOS DE DESPACHO, DIRECTORES DE DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS, GERENTES, JEFES DE OFICINAS Y DEMÁS SERVIDORES PÚBLICOS QUE GESTIONAN PROCESOS DE CONTRATACIÓN

DE: SECRETARÍA GENERAL

ASUNTO: ORIENTACIONES GENERALES PARA EL ANÁLISIS DEL DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL CON OCASIÓN DEL COVID-19

La Secretaría General en cumplimiento de su función de orientación, direccionamiento jurídico y prevención del daño antijurídico de los asuntos que inciden en la contratación pública, y en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 209 de la Constitución Política, el cual señala que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales deben prevalecer al momento de contratar los bienes, obras y servicios y en general en toda la actividad contractual; considera de especial interés impartir las siguientes orientaciones generales, las cuales buscan disminuir el impacto adverso que pudiera presentarse en los contratos en ejecución con ocasión de la contingencia presentada a nivel mundial originada por la Covid-19 y los efectos negativos derivados de las medidas implementadas para contener su propagación.

I. Recomendaciones de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, impartió a todas las entidades públicas el documento No. 20203000099921 del 22/09/2020, con las recomendaciones y lineamiento necesarios para realizar el análisis del Desequilibrio Económico del Contrato por la aparición de la Covid-19, en el cual indica que no todas las alteraciones de las condiciones de un contrato, configuran la ruptura del equilibrio económico, por lo que relaciona una serie de condiciones que deben presentarse y que se han establecido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Así mismo, hace un estudio sobre las causas que originan el desequilibrio contractual como lo son el **Hecho Imprevisible**, que se da en la ejecución del contrato, en virtud de la presencia de hechos o situaciones anormales, imprevisibles y extrañas a los contratantes, que alteran las condiciones de cumplimiento tenidas en cuenta al momento de pactar las prestaciones debidas, lo cual hace más grave y oneroso para alguna de las partes la



ejecución correcta del contrato; el **Hecho del Príncipe**, cuando la entidad estatal contratante emite actos generales, abstractos, imprevistos y posteriores, en ejercicio de sus propias funciones, no como parte del negocio jurídico, pero que resultan teniendo incidencia directa o indirecta en el contrato, lo cual afecta su ecuación y ocasionan alteración; y la **Potestas Variandi**, entendida como la facultad de la administración derivada de su poder de dirección general, control y vigilancia de la ejecución del contrato y cumplimiento de los fines de la contratación, que producen desequilibrio por la adopción de actos administrativos de carácter particular, que modifican las condiciones contractuales a causa de las potestades exorbitantes de interpretación, modificación, suspensión o terminación unilateral del contrato, alterando su ejecución y haciéndola más gravosa.

Seguidamente, el documento de la Agencia establece que la aparición de la Covid – 19, es un hecho sobreviniente, extraordinario y exógeno que ha impactado la vida económica y social del país, obligando adoptar decisiones que inciden en la ejecución de los contratos, mediante la implementación de protocolos de bioseguridad y la suspensión de los contratos, como medidas para mitigar su propagación. Sin embargo, estas circunstancias no suponen per se un desequilibrio económico del contrato, por lo que en cada caso será necesario examinar sus particularidades propias.

Así las cosas, a continuación, relacionaremos en su **literalidad** los criterios o lineamientos establecidos por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para analizar en cada caso concreto si la implementación de protocolos de bioseguridad y la suspensión de los contratos, configuran desequilibrio contractual y las medidas que se deberán implementar en tal eventualidad:

- ***La implementación de los protocolos de bioseguridad debido a la Covid – 19 y el desequilibrio contractual.***

La implementación de los protocolos de bioseguridad por las entidades públicas es una exigencia proveniente del Ministerio de Salud y la Protección Social como medida para tratar la emergencia sanitaria ocasionada por la aparición de la Covid -19.

Por medio de la Resolución 666 del 24 de abril de 2020 fue adoptado el protocolo general de bioseguridad para todas las actividades económicas, sociales y sectores de la administración pública. Existen además protocolos de bioseguridad específicos para la realización de determinadas actividades. Por ejemplo, para el sector de la infraestructura se expidió la Resolución 679 del 24 de abril de 2020.

Por lo expuesto, es indispensable que determine si para la ejecución del contrato que está analizando existe un protocolo de bioseguridad especial. Si es así, téngalo en cuenta al momento de efectuar el análisis de un posible desequilibrio contractual.

Con base en lo expuesto, a continuación, se presenta la hoja de ruta que guía el análisis para determinar en un caso particular si la implementación de los protocolos de bioseguridad puede generar un desequilibrio contractual. En esta hoja de ruta fueron abordados a manera de ejemplo los puntos comunes en los protocolos de bioseguridad relacionado con el uso de



tapaboca, alcohol, y jabón líquido; el distanciamiento físico y la toma de la temperatura corporal.

Pregunta	Respuesta	Paso a seguir
I. Preguntas para analizar la procedencia del análisis por desequilibrio contractual		
1. ¿Al momento de exigir la implementación de los protocolos de bioseguridad, existían obligaciones contractuales por cumplir?	Sí	Pase al punto 2.
	No	No procede el análisis por desequilibrio contractual.
2. ¿El contrato genera un beneficio para ambas partes, esto es, es conmutativo?	Sí	Pase al punto 3.
	No	No procede el análisis por desequilibrio contractual
3. ¿La exigencia de los protocolos de bioseguridad exigidas por el Ministerio estaban vigentes al momento de la suscripción del contrato?	Sí	No procede el análisis por desequilibrio contractual. Analice si se constituye en un incumplimiento contractual por no prever este riesgo al momento de la firma del contrato.
	No	Pase al punto 4.
4. ¿Aún con los protocolos de bioseguridad, la obligación contractual puede cumplirse?	Sí	Pase al punto 5.
	No	No procede el análisis por desequilibrio contractual.
5. ¿La exigencia de un nuevo protocolo cabe en los riesgos previstos en el contrato?	Sí	No procede el análisis por desequilibrio contractual.
	No	Pase al punto 6.
6. ¿La implementación de los protocolos generó la adquisición o el aumento de elementos o servicios por parte del contratista para la ejecución del contrato?	Sí	Pase al punto 7.
	No	No procede el análisis por desequilibrio contractual.
7. ¿Puede identificar en el contrato original las prestaciones del contrato, los valores y los elementos que la componen?	Sí	Pase a la pregunta 8.
	No	Junto con un área técnica de su entidad definan los elementos del contrato. Una vez lo tenga, pase a la pregunta 8.
II. Preguntas para analizar la alteración grave y específica del equilibrio contractual		
8. Uso de tapaboca, alcohol, jabón líquido		



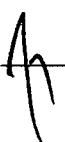
8.1. ¿El contratista debe dotarse de elementos de manera esporádica o para un grupo de personas poco representativo dadas las características o el valor del contrato?	Sí	En principio, no se configura una afectación al equilibrio contractual. Compare el costo de estos elementos con las prestaciones del contrato, si la afectación es proporcional no existe desequilibrio contractual. Apóyese en un área técnica de su entidad para emitir un concepto. Pase al punto 8.2.
	No	Pase al punto 8.2.
8.2. ¿El contratista debe suministrar tapaboca y alcohol de manera periódica a un grupo representativo de personas, es decir, que suponen una erogación alta en relación con el valor total del contrato y sus características?	Sí	En principio, se configura una afectación si el costo de estos elementos con las prestaciones del contrato es desproporcional. Identifique los elementos y el costo en que incurrió el contratista. Apóyese en un área técnica de su entidad para emitir un concepto. Pase al punto 9.
	No	Pase al punto 9.
9. Medidas de distanciamiento físico		
9.1. ¿A pesar de las medidas de distanciamiento físico el contratista podía cumplir sus obligaciones desde la casa?	Sí	No procede el análisis por desequilibrio contractual por el ítem de distanciamiento físico. Pase al punto 9.2.
	No	Pase al punto 9.2.
9.2. ¿Las medidas de distanciamiento físico hacen que el cumplimiento de las obligaciones se prolongue en el tiempo porque no toda la mano de obra puede laborar según lo planeado?	Sí	En principio, se configura una afectación si el costo de la implementación del distanciamiento con las prestaciones del contrato es desproporcional. Identifique los elementos y el costo en que incurrió el contratista. Apóyese en un área técnica de su entidad para emitir un concepto. Pase al punto 9.3.
	No	Pase al punto 9.3.
9.3. ¿Las medidas de distanciamiento físico hacen que el cumplimiento de las obligaciones se prolongue en el tiempo porque el proveedor de un insumo esencial tiene restringida la libertad de locomoción?	Sí	En principio, se configura una afectación si el costo de la implementación del distanciamiento con las prestaciones del contrato es desproporcional. Identifique los elementos y el costo en que incurrió el contratista. Apóyese en un área técnica



		de su entidad para emitir un concepto. Pase al punto 10.
	No	Pase al punto 10.
10. Toma de temperatura		
10.1. ¿El contratista debió adquirir un termómetro digital infrarrojo?	Sí	En principio, no se configura una afectación al equilibrio contractual. Compare el costo de estos elementos con las prestaciones del contrato, si la afectación es proporcional no existe desequilibrio contractual. Apóyese en un área técnica de su entidad para emitir un concepto. Pase al punto 10.2.
	No	Pase al punto 10.2.
10.2. ¿El contratista debió asignarle a una persona la coordinación de las medidas de bioseguridad?	Sí	En principio, no se configura una afectación al equilibrio contractual. Compare el costo de estos elementos con las prestaciones del contrato, si la afectación es proporcional no existe desequilibrio contractual. Apóyese en un área técnica de su entidad para emitir un concepto. Pase al punto 10.3.
	No	Pase al punto 10.3.
10.3. ¿Fue necesario la creación de un empleo con actividades solamente dirigidas para vigilar los protocolos de bioseguridad generados a partir de la aparición de la Covid-19?	Sí	En principio, se configura una afectación si el costo de la implementación del distanciamiento con las prestaciones del contrato es desproporcional. Identifique los elementos y el costo en que incurrió el contratista. Apóyese en un área técnica de su entidad para emitir un concepto. Pase al punto 11.
	No	Pase al punto 11.
11. ¿Existe prueba del gasto en que incurrió el contratista por la implementación del protocolo de bioseguridad?	Sí	Verifique que el gasto solamente esté relacionado con las medidas solicitadas en el protocolo de bioseguridad. Una vez identificado, pase al punto 12.



	No	Recuerde que el contratista tiene la carga de demostrar el gasto en el que incurrió. Verifique que el gasto esté relacionado con las medidas solicitadas en el protocolo de bioseguridad. Una vez tenga la prueba del gasto, pase al punto 12.
12. ¿El protocolo de bioseguridad fue expedido por la entidad contratante como autoridad estatal y no como parte contractual?	Sí	Pase al punto 13. Recuerde que dicha situación puede considerarse como un hecho del príncipe.
	No	Pase al punto 14. Recuerde que dicha actuación puede enmarcarse en el hecho imprevisible.
13. ¿Está determinado el daño emergente y el lucro cesante del contratista?	Sí	Pase al punto 16.
	No	Una vez determine la afectación pase al punto 16.
14. ¿Está en la posibilidad de determinar si el gasto en que incurrió el contratista corresponde al valor de no pérdida del contratista?	Sí	Pase al punto 15.
	No	Acuda a la oficina financiera o a un área técnica para determinar el porcentaje. Pase al punto 15.
III. Pautas para restaurar el equilibrio Contractual		
15. ¿El contrato tiene alguna cláusula que regule el reajuste y/o revisión de precios en la que pueda analizar los anteriores factores?	Sí	Úsela. Fin del análisis.
	No	Pase al punto 16.
16. ¿El contratista, que ya conoce el grado de afectación, está interesado en renunciar al restablecimiento del equilibrio?	Sí	Suscriba un documento con esta renuncia, donde conste que lo hace de manera voluntaria. Fin del análisis.
	No	Pase al punto 17.
17. ¿La entidad tiene la posibilidad de llegar a un acuerdo para apoyar al contratista por única vez en los gastos que genera la implementación de protocolos de bioseguridad?	Sí	Hágalo. Suscriba un documento con el acuerdo.
	No	La entidad tiene que prepararse para un posible litigio judicial.





- **La suspensión de contratos por el aislamiento obligatorio debido a la Covid – 19 y el desequilibrio contractual.**

Este análisis parte del hecho de que las entidades públicas se vieron obligadas a suspender algunos contratos con motivo de las medidas de aislamiento social obligatorio ordenadas por el Gobierno nacional. La restricción de la libertad de circulación ha sido una medida constante única y eficaz para evitar la propagación del virus. Los diferentes grados de restricción implementados por el Estado han dependido de la discrecionalidad de cada gobierno sustentada entre otros aspectos en el número de contagiados, cultura ciudadana, acceso a las fronteras, número de habitantes, capacidad del sistema de salud y comportamiento de la economía, etc.

Así, la imposición de medidas de distanciamiento físico pudo haber obligado a algunas entidades públicas a suspender la ejecución de algunos contratos. Esta medida de suspensión obedece a un hecho no atribuible a la entidad pública contratante, sino a la imposición imprevisible proveniente de otra autoridad nacional.

Por medio de los Decretos 457, 531, 593, 636, 689, 749, 878, 990 y 1076 de 2020 se ha regulado el aislamiento preventivo obligatorio. Es indispensable que determine si para la ejecución del contrato que está analizando las medidas de distanciamiento estaban vigentes. Si es así, téngalo en cuenta al momento de efectuar el análisis de un posible desequilibrio contractual.

Además, verifique la existencia de normas especiales que hayan regulado la suspensión de los tipos de contratos que está analizando por la aparición de la Covid – 19.

Con base en lo expuesto, a continuación, se presenta la hoja de ruta que guía el análisis para determinar en un caso particular si la suspensión de un contrato generó un desequilibrio contractual. Tenga en cuenta que cada contrato y las circunstancias que lo rodean son únicas, y que los parámetros que se presentan a continuación se basan en casos hipotéticos para ejemplificar el análisis que se debe realizar.

Pregunta	Respuesta	Paso a seguir
I. Preguntas para analizar la procedencia del análisis por desequilibrio contractual		
1. ¿Se suspendió la ejecución del contrato por acatamiento a una norma derivada de los decretos que regulan el distanciamiento físico o de decretos legislativos?	Sí	Pase al punto 2
	No	No procede el análisis por desequilibrio contractual por este punto.
2. ¿Al momento de suspenderse la ejecución del contrato había obligaciones contractuales por cumplir?	Sí	Pase al punto 3.
	No	No procede el análisis por desequilibrio contractual.
	Sí	Pase al punto 4.



3. ¿El contrato genera un beneficio para ambas partes, esto es, es conmutativo?	No	No procede el análisis por desequilibrio contractual.
4. ¿La suspensión del contrato cabe en los riesgos previstos en el contrato?	Sí	No procede el análisis por desequilibrio contractual.
	No	Pase al punto 5.
5. ¿El cumplimiento de la suspensión generó gastos no presupuestados por el contratista?	Sí	Pase al punto 6.
	No	No procede el análisis por desequilibrio contractual.
6. ¿Puede identificar en el contrato original las prestaciones del contrato, los valores y los elementos que la componen?	Sí	Pase a la pregunta 7.
	No	Junto con un área técnica de su entidad definan los elementos del contrato. Una vez lo tenga, pase a la pregunta 7.
II. Preguntas para analizar la alteración grave y específica del equilibrio contractual		
7. ¿La suspensión de la ejecución del contrato implicó el incumplimiento de otras obligaciones, por ejemplo, las derivadas de un contrato de suministro?	Sí	En principio, se configura una afectación si el costo de estos elementos con las prestaciones del contrato es desproporcional. Identifique los elementos y el costo en que incurrió el contratista. Apóyese en un área técnica de su entidad para emitir un concepto. Pase al punto 8.
	No	Pase al punto 8.
8. ¿Al momento de la suspensión del contrato, el contratista tenía personal contratado y tuvo que pagarle salario o seguridad social?	Sí	En principio, se configura una afectación si el costo de estos elementos con las prestaciones del contrato es desproporcional. Identifique los elementos y el costo en que incurrió el contratista. Apóyese en un área técnica de su entidad para emitir un concepto. Pase al punto 9.
	No	Pase al punto 9.
9. ¿existe prueba del gasto en que incurrió el contratista por suspensión del contrato?	Sí	Verifique que el gasto solamente esté relacionado con la suspensión del contrato. Una vez identificado, pase al punto 10.
	No	Recuerde que el contratista tiene la carga de demostrar el gasto en el que incurrió. Verifique que el gasto esté relacionado con la suspensión del contrato. Una vez tenga la prueba del gasto, pase al punto 10.
10. ¿La suspensión del contrato fue ocasionada por la entidad	Sí	Pase al punto 11. Recuerde que dicha actuación puede considerarse como un hecho del príncipe.



contratante como autoridad estatal y no como parte contractual?	No	Pase al punto 12. Recuerde que dicha actuación puede enmarcarse en el hecho imprevisible.
11. ¿Está determinado el daño emergente y el lucro cesante del contratista?	Sí	Pase al punto 14.
	No	Una vez determine la afectación pase al punto 14.
12. ¿Está en la posibilidad de determinar si el gasto en que incurrió el contratista corresponde al valor de no pérdida del contratista?	Sí	Pase al punto 13.
	No	Acuda a la oficina financiera o en un área técnica para determinar el porcentaje. Pase al punto 13.
III. Pautas para restaurar el equilibrio contractual		
13. ¿El contrato tiene alguna cláusula que regule el reajuste y/o revisión de precios en la que pueda analizar los anteriores factores?	Sí	Úsela. Fin del análisis.
	No	Pase al punto 16.
14. ¿El contratista, que ya conoce el grado de afectación, está interesado en renunciar al restablecimiento del equilibrio?	Sí	Suscriba un documento con esta renuncia, donde conste que lo hace de manera voluntaria. Fin del análisis.
	No	Pase al punto 15.
15. ¿La entidad tiene la posibilidad de llegar a un acuerdo para apoyar al contratista por única vez en los gastos que genera la implementación de protocolos de bioseguridad?	Sí	Suscriba un documento con el acuerdo.
	No	La entidad tiene que prepararse para un posible litigio judicial.

Recuerde que la lista de preguntas desarrolladas en este documento constituye una hoja de ruta. Tenga en cuenta que cada contrato y las circunstancias que lo rodean son únicas. De allí que en cada caso se debe analizar con detalle el objeto contractual, las cláusulas pactadas y su relación con el cumplimiento por parte del contratista de las normas que regulan la implementación de protocolos de bioseguridad o los efectos reales de la suspensión de los contratos.

II. Instancia ante el Comité de Reclamaciones Contractuales.

Mediante el Decreto Departamental No. 1699 del 17 de julio de 2012, modificado por el Decreto No. 2635 del 09 de octubre de 2012, en el artículo Cuarto numerales 2, 3, 4 y 6 y los artículos Quinto y Octavo, se creó el Comité de Reclamaciones Contractuales para el Departamento de Antioquia, a fin de dirimir de manera ágil y oportuna, las situaciones tendientes a restablecer el equilibrio económico, así como las reclamaciones por la causación de posibles imprevistos, que se pudieran presentar en el desarrollo de la actividad contractual hasta la etapa de liquidación del contrato; contando con la facultad de conocer y recomendar independientemente de la naturaleza, de la cuantía del contrato y del valor de la reclamación, las diferentes solicitudes que se originen dentro de la vigencia del contrato.

Lo anterior significa, que en la respectiva dependencia se surtirá todo el análisis a la reclamación del contratista, cuyo estudio deberá comprender la verificación de los criterios



establecidos en las hojas de ruta elaboradas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (según el caso que aplique) y el concepto emitido por el supervisor o interventor del contrato, el cual contendrá el análisis de la reclamación de forma detallada; lo anterior, se pondrá en conocimiento del Comité Interno de Contratación de la dependencia en cuestión quien emitirá su concepto sobre la reclamación efectuada por el contratista.

Una vez se surtan los anteriores requerimientos, la dependencia interesada elevará solicitud al Comité de Reclamaciones, la cual acompañará de todos los documentos señalados, más los soportes que sean pertinentes de conformidad con lo establecido en los Decretos departamentales No. 1699 y 2635 de 2012.

Finalmente, se invita a todos los servidores públicos destinatarios de la presente directriz, dar una correcta aplicación a los parámetros aquí indicados y especial prevalencia a los postulados constitucionales que sitúan la función administrativa al servicio de los intereses generales con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, a fin de proteger el ordenamiento jurídico, el interés general y el patrimonio público.

JUAN GUILLERMO USME FERNÁNDEZ
Secretario General

	Nombre	Firma	Fecha
Proyectó:	Ana Melissa Ospina Castrillón - Directora Asesoría Jurídica Contractual		
Revisó y aprobó	David Andrés Ospina Saldarriaga - Subsecretario Prevención del Daño Antijurídico		
	Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para firma.		