

SEIS PERSPECTIVAS DEL DERECHO PÚBLICO EN TIEMPOS DEL COVID-19

Coordinador:

Juan Carlos Covilla Martínez
(Profesor de la Universidad Externado de Colombia)

Participan:

Claudia Dangond Gibsone
(Profesora de la Pontificia Universidad Javeriana)

Juan Carlos Covilla Martínez
(Profesor de la Universidad Externado de Colombia)

Luisa Fernanda García
(Profesora de la Universidad del Rosario)

Jorge Enrique Santos Rodríguez
(Profesor de la Universidad Externado de Colombia)

Juan Carlos Expósito Vélez
(Profesor de la Universidad Externado de Colombia)

Maximiliano Aramburo Calle
(Profesor de la Universidad EAFIT)



**tirant
tech**

Tecnología e
innovación jurídica



SEIS PERSPECTIVAS DEL DERECHO PÚBLICO EN TIEMPOS DEL COVID-19

Claudia Dangond Gibsone
(Profesora de la Pontificia Universidad Javeriana)

Juan Carlos Covilla Martínez
(Profesor de la Universidad Externado de Colombia)

Luisa Fernanda García
(Profesora de la Universidad del Rosario)

Jorge Enrique Santos Rodríguez
(Profesor de la Universidad Externado de Colombia)

Juan Carlos Expósito Vélez
(Profesor de la Universidad Externado de Colombia)

Maximiliano Aramburo Calle
(Profesor de la Universidad EAFIT)

Presentación

La declaración del COVID-19 como pandemia ha llevado a que desde diferentes disciplinas se hayan tomado medidas para contrarrestar sus consecuencias. El Estado colombiano ha expedido con una importante cantidad de decisiones tanto del orden nacional como territorial, que impactan en los diversos ámbitos de actuación la administración pública.

Los seis estudios que se presentan pretenden hacer un análisis concreto desde diversas perspectivas del Derecho público. El objetivo es abordar y plantear la problemática que desde distintos ámbitos de esta disciplina representan las medidas adoptadas en el marco del estado de emergencia declarado por la pandemia. Más que desarrollar un análisis completo de todos sus aspectos, la invitación a quienes contribuyeron fue exponer de manera concisa a través de breves ensayos los retos y consecuencias de cada uno de estos temas.

La idea de este proyecto nació a partir de las discusiones que se plantearon en el webinar denominado “Orden público en estados de emergencia” llevado a cabo por el coordinador de este proyecto, el profesor Jaime Orlando Santofimio y la doctora Tatiana Dangond el viernes 27 de marzo de 2020, apenas una semana después de la declaratoria del estado de emergencia. Este evento fue auspiciado por la división de Formación de Tirant lo Blanch en Colombia. El agradecimiento, nuevamente, a esta importante editorial por promover proyectos como este que permiten la difusión de importantes discusiones de Derecho en este país.

Las seis perspectivas se dividen en dos bloques: (1) atención de la emergencia sanitaria desde el Derecho público y (2) las consecuencias de la pandemia en el funcionamiento de la Administración pública. En el primer bloque se abordaron los temas de (1.1.) la declaratoria del estado de emergencia en Colombia; (1.2.) el concepto de orden público y la jerarquía y coordinación para su mantenimiento, y (1.3.) la tensión de los derechos fundamentales en tiempos de la emergencia. En el se-

gundo bloque se trataron las consecuencias de la pandemia y las decisiones del Estado respecto (2.1.) de los procedimientos administrativos; (2.2.) los contratos estatales, y (2.4.) la responsabilidad extracontractual y contractual del Estado.

Juan Carlos Covilla Martínez
Coordinador

Tabla de contenido

1. LA ATENCIÓN DE LA EMERGENCIA SANITARIA DESDE EL DERECHO PÚBLICO5

1.1. La declaratoria del estado de emergencia a propósito del COVID-19..... 5

1.2. Orden público, jerarquía y coordinación entre niveles de gobierno..... 13

1.3. El dilema entre derechos fundamentales y la salud: El COVID-19 y los desafíos de la democracia..... 21

2. LAS CONSECUENCIAS DE LA PANDEMIA EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 28

2.1. Procedimiento administrativo y estado de emergencia.....28

2.2. Impacto en la ejecución de los contratos estatales con ocasión de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica.....35

2.3. Sobre la fuerza mayor en la responsabilidad del Estado frente a la pandemia47

1. LA ATENCIÓN DE LA EMERGENCIA SANITARIA DESDE EL DERECHO PÚBLICO

1.1. La declaratoria del estado de emergencia a propósito del COVID-19

Claudia Dangond Gibsone

Profesora de la Pontificia Universidad Javeriana

dangond@javeriana.edu.co

[@cdangond](#)

Introducción

La situación de salud pública mundial ocasionada por el COVID-19, declarada como pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el pasado 11 de marzo de 2020, ha obligado a todas las naciones del mundo a adoptar medidas que, en muchos casos, ha implicado acudir a las facultades que otorgan los ordenamientos jurídicos para actuar en situaciones de anormalidad.

No podía ser de otra manera. En efecto, el director de la OMS, Tedros Adhanom Ghebreyess, indicó que “esta pandemia no es sólo una crisis de salud pública, afecta a todos los sectores, y todos los gobiernos y sociedades deben involucrarse en la lucha” por cuanto “todos los países están a tiempo de cambiar el curso de esta pandemia”. Fue claro en señalar que:

“Si los países se dedican a detectar, realizar pruebas, tratar, aislar y rastrear, y movilizar a su población en la respuesta, aquellos que tienen unos pocos casos pueden evitar que esos casos se conviertan en grupos de casos, y que esos grupos de casos den paso a la transmisión comunitaria.

Incluso en los países donde hay transmisión comunitaria o grandes grupos de casos, se puede dar la vuelta a la situación creada por este virus.

Varios países han demostrado que es posible suprimir y controlar este virus.

El reto al que se enfrentan muchos países que en estos momentos se encuentran con grandes grupos de casos o con situaciones de transmisión comunitaria no es si pueden hacer lo mismo, sino si lo harán.

En algunos países hay un problema de falta de capacidad.

En algunos países hay un problema de falta de recursos.

En algunos países hay un problema de falta de determinación.”

Precisamente ese llamado de la OMS para que los Estados adopten medidas ‘*urgentes y agresivas*’ no solamente para evitar la mayor cantidad de contagios posibles, salvar vidas y reducir en lo posible sus efectos, es lo que ha justificado que el Gobierno Nacional de Colombia, haga uso de la figura de los estados de excepción consagrada en la Constitución Política de Colombia.

I. Los estados de excepción en Colombia

A. Antecedentes históricos

La idea de contar con la posibilidad de tomar medidas urgentes, que permitan salirle al paso a situaciones de orden especial que se presenten en materia, bien sea de orden público o por una guerra exterior u otra causa, está atada al sistema presidencialista que ha tenido Colombia desde su nacimiento como república independiente. La finalidad última de incorporar instrumentos para que el Gobierno Nacional tenga capacidad de reacción frente a hechos excepcionales es precisamente para que ante la “anormalidad”, se pueda recurrir a la institucionalidad, en el marco del Estado de Derecho, buscando con ello regresar a la “normalidad”.

En las primeras constituciones la figura que se utilizó fue el denominado “Estado de Sitio”, previsto inicialmente para conjurar situaciones

de orden público que no pudieran ser enfrentadas mediante los poderes ordinarios de las ramas del poder público. Posteriormente y sobre la base del abuso de la figura, en el sentido que ella era aprovechada para adoptar medidas de orden económico¹, por iniciativa del ex presidente Alfonso López Michelsen, se incorporó el concepto de “*orden público, económico y social*”.

Así, con la reforma de 1968, se introdujo, en el artículo 122 de la Carta Política, la figura del Estado de emergencia económica, social y calamidad pública (Estado de Emergencia), dejando el artículo 121 para los casos de guerra exterior, -orden público- y conmoción interior (estado de sitio).

Al repasar cómo se utilizaron estas figuras durante la segunda mitad del siglo XX se puede ver que el país vivió por más de 40 años en estado de sitio casi de manera ininterrumpida. Ello, por cuanto, por una parte, al levantar el estado excepcional se corría el riesgo de que las normas expedidas perdieran su vigencia y por ende dejaran sin piso jurídico incluso órganos e instituciones que se habían creado al amparo del estado de perturbación, o porque se aprovechaba para convertir esas normas, a veces de carácter represivo, en legislación permanente.

Incluso la Constitución Política de 1991, vigente hoy, debe su existencia a un Decreto Legislativo cuyo origen es el Estado de Sitio (mediante el [Decreto 1038 de 1984](#)) declarado por la presencia de factores de perturbación provenientes de las acciones violentas de grupos armados que atentaban contra el orden constitucional. Fue bajo esa declaratoria que se expidió el [Decreto 1926 de 1990](#), mediante el cual se acogieron los acuerdos políticos entre el Presidente de la república y los partidos políticos para facilitar la convocatoria de una ‘Asamblea Constitucional’ y la consecuente elección de quienes la integrarían.

¹ Entre otras, la creación de la Caja Agraria, mediante el [Decreto 2631 de 31 de octubre de 1956](#).

B. La Constitución de 1991:

En el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, con la convicción y conciencia acerca del abuso que se había hecho de las figuras anteriormente descritas y a la vez con la certeza de que el Presidente debe contar con poderes especiales para aquellos casos en los que no son suficientes las atribuciones ordinarias, se aprobaron los hoy vigentes artículos 212 a 215 que consagran tres estados de excepción:

1. Estado de Guerra Exterior (artículo 212),
2. Estado de conmoción interior (artículo 213), cuando se produzca una grave perturbación del orden público que atente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana.
3. **Estado de emergencia** (artículo 215), cuando se produzca una perturbación grave e inminente del orden económico, social y ecológico, o que los hechos constituyan una grave calamidad pública.

Posteriormente, mediante la Ley Estatutaria 137 de 1994 se regularon las facultades atribuidas al Gobierno durante dichos estados, indicando que las mismas sólo podrán ser utilizadas “cuando circunstancia extraordinarias hagan imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios del Estado”. Así mismo, la Ley estableció los controles al ejercicio de dichas facultades extraordinarias y las garantías para proteger los derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales. (Art. 2)

II. La Declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica dictada a propósito de la Pandemia ocasionada por el coronavirus COVID-19 a la luz de la normativa constitucional.

El 17 de marzo de 2020, mediante el Decreto 417, el Presidente junto con todos sus Ministros, invocando las facultades otorgadas por el artí-

culo 215 de la Constitución, declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional.

A. Fundamento de la Declaratoria:

Con el anuncio de Pandemia hecho por la OMS, habiéndose [declarado el estado de emergencia sanitaria](#) por parte del Ministerio de Salud, y ordenado las medidas sanitarias para prevenir, controlar la propagación del COVID-19 y mitigar sus efectos, el Gobierno Nacional detectó un crecimiento importante de casos de contagio confirmados y, sobre la base de estudios científicos identificó que el 34,2% del total de la población colombiana se encuentra en un riesgo alto de afectación.

En ese sentido, estableció los ámbitos de (i) salud pública y (ii) económicos -nacional e internacional-, que serían implicados por la situación descrita, concluyendo que *“la salud, el empleo, el abastecimiento de bienes básicos, la economía y el bienestar de todos los habitantes del territorio nacional”* se comprometerán de manera importante por lo que, de acuerdo con el Gobierno, se requieren medidas inmediatas y urgentes que no puede adoptar con las atribuciones ordinarias.

B. El cumplimiento de los requisitos y presupuestos

De la propia Carta Política y de la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional es claro que los principios que rigen los estados de excepción cubren fundamentalmente tres aspectos: (i) formalidad; (ii) proporcionalidad y, (iii) vigencia del principio democrático y del Estado Social de Derecho.

En los siguientes cuadros se contrasta el contenido del Decreto 417 de 2020 a la luz de dichos principios:

i. Sobre el Principio de formalidad

PRINCIPIO DE FORMALIDAD			
Decreto declaratorio del Presidente y sus Ministros			
Notificación a la población del estado excepcional contemplado en la Constitución	Expresión de la verificación de un hecho que habilita la declaratoria del estado de excepción	Puesta en vigencia de control político (Congreso)	Puesta en vigencia del control Jurídico (Corte Constitucional)
El Decreto 417 de 2020, declara el Estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional por 30 días calendario, desde la vigencia del Decreto. Se orden de publicación comunicación y cumplimiento	El hecho habilitante para la expedición del Decreto 417 de 2020 es la Pandemia declarada por la OMS y la verificación de los aspectos de salud pública y de la economía que se impactarán con dicho fenómeno para lo que no se cuenta con suficientes atribuciones en el régimen ordinario para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.	El Decreto 417 de 2020 no convoca al Congreso. Aunque de acuerdo con el artículo 138 CP, las sesiones del Congreso han debido empezar el 16 de marzo, ello no sucedió por la declaratoria de emergencia sanitaria que prohibió las reuniones de más de un número determinado de personas. A la fecha de expedición del Decreto 417 de 2020 no se contaba con norma alguna que permitiera las sesiones virtuales del Congreso de la República, lo que fue abordado mediante el Decreto 491 de 28 de marzo de 2020. República. El Congreso debe pronunciarse sobre la conveniencia y oportunidad de la medida. Para ello cuenta con 30 días prorrogables por acuerdo de Cámara y Senado.	La Presidencia de la República envió a la Corte Constitucional fotocopia auténtica del Decreto 417 de 2020 para proceder a su examen de constitucionalidad.

ii. Sobre el principio de proporcionalidad:

Principio de Proporcionalidad					
No suspensión de Derechos humanos ni libertades fundamentales	No interrupción del normal funcionamiento de las ramas del poder público	Las facultades pueden ser utilizadas sólo para enfrentar eficazmente la situación de anormalidad	Las medidas que se adopten en uso de las facultades deben ser proporcionales a la gravedad de los hechos	Duración temporalmente definida	No se pueden desmejorar los derechos sociales de los trabajadores
Los decretos legislativos que se dicten en uso de las facultades excepcionales que se desprenden del Decreto 417 de 2020, deben considerar este requisito	Con este objetivo parece haberse dictado el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020	Es lo que propone el Decreto 417 de 2020 y a ello deben ajustarse los decretos legislativos que se dicten .	Los decretos legislativos que se dicten en uso de las facultades excepcionales deben considerar este requisito	De acuerdo con el mismo Decreto 417 2020, la duración del estado de emergencia, económica, social y ecológica es de 30 días. No obstante, ello podrá ser prorrogado por períodos que sumados no podrán exceder de 9 días en el año calendario.	Los decretos legislativos que se dicten en uso de las facultades excepcionales deben considerar este requisito

iii. Sobre el principio democrático y del Estado Social de Derecho: Este principio implica que el Congreso conserva todas sus facultades constitucionales y legales y que las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional deberán tener como propósito conjurar la crisis y crear las condiciones para volver a la normalidad ([C-004/92](#)).

Conclusión

A la luz de los presupuestos constitucionales (artículo 215) y legales (Ley estatutaria 137 de 1994), el Gobierno Nacional tenía motivos fundados, suficientes y urgentes para invocar la facultad de declaratoria del Estado de emergencia económica, social y ecológica. Las razones presentadas en el Decreto 417 de 2020 perturban gravemente y de manera inminente el orden económico, social y ecológico y además constituyen motivo de grave calamidad pública. Pocas veces ha sido tan clara la motivación para utilizar los estados de excepción en Colombia.

En casos como el descrito en los presupuestos fácticos y valorativos que dan origen al Decreto analizado, los análisis que se realizan desde el punto de vista del control político deben buscar la prevalencia del sentido, de la institucionalidad con perspectiva de nación y jamás partidista. Desde el punto de vista del control jurídico es imperativo que se tenga en cuenta lo previsto en el artículo 228 de la Carta Política en el sentido de que la “Administración de Justicia es función pública; que sus decisiones son independientes y que en ellas debe prevalecer el derecho sustancial.

1.2. Orden público, jerarquía y coordinación entre niveles de gobierno

Juan Carlos Covilla Martínez.

Profesor de la Universidad Externado de Colombia

juan.covilla@uexternado.edu.co

[@juancovilla](#)

Introducción

Los primeros reportes de contagios del COVID-19 en Colombia han llevado a una importante exhibición de las autoridades del orden nacional y territorial encargadas de atender la emergencia sanitaria. Esta exhibición se ha dado debido a las medidas que han tomado para enfrentar la pandemia dentro de la autonomía de las competencias que les han sido conferidas.

En un primer momento, con la intención de tomar medidas sugeridas por la [Organización Mundial de la Salud](#) para lograr el distanciamiento social, en el marco de la autonomía de departamentos y municipios se tomaron decisiones de las más variadas formas: desde la declaración de [toque de queda](#) en Cartagena de Indias, el [cierre de fronteras](#) en el departamento de Boyacá, hasta un [simulacro de cuarentena](#) en Bogotá D.C.

Hasta ese momento el Gobierno Nacional no había adoptado una decisión concreta de mantenimiento del orden público que tuviera impacto sobre todo el territorio, salvo la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica el 17 de marzo. La reacción frente a las medidas de orden público tomadas por los gobiernos territoriales llegó finalmente con [Decreto 418 de 18 de marzo de 2020](#), “*Por el cual se dictan medidas transitorias para expedir normas en materia de orden público*”. En la noche del 18 de marzo de 2020 se generó un debate sobre el sentido de dicha norma. Para algunos llamaba al orden a las

entidades territoriales por las medidas que estaban adoptando, mientras que para otros buscaba la alineación de las medidas en tiempos de emergencia sanitaria.

Ahora bien, a diferencia de otros países como Estados Unidos donde incluso [académicos](#) pidieron que se adoptaran decisiones urgentes para contrarrestar la pandemia, la opinión que parece generalizada es que tanto la Nación como las entidades territoriales colombianas están tomando a tiempo las medidas de orden público para hacerle frente a la pandemia. En todo caso, resulta adecuado hacer un análisis del contenido del Decreto mencionado, así como del [Decreto 420 de 2020](#) que contiene las medidas concretas de policía administrativa.

El Decreto 418 de 2020 no fue adoptado en el marco del Estado de excepción que se había decretado. Por el contrario, este reglamento se adoptó con fundamento en el ordenamiento jurídico que en tiempos de normalidad establece: *“Para la conservación del orden público o para su restablecimiento donde fuere turbado, los actos y órdenes del Presidente de la República se aplicarán de manera inmediata y de preferencia sobre los de los gobernadores; los actos y órdenes de los gobernadores se aplicarán de igual manera y con los mismos efectos en relación con los de los alcaldes”* (artículo 296 de la Constitución Política, norma que se replica en los artículos 305 y 315).

Los decretos reglamentarios expedidos plantean al menos cuatro perspectivas de análisis: (I) la jerarquía que concreta, (II) el concepto de orden público que utiliza, (III) las medidas restrictivas que impone, (IV) las sanciones que establece.

I. La jerarquía

En primer lugar, el Decreto 418 de 2020 no desarrolla un contenido normativo nuevo. En realidad, reproduce el establecido en la norma constitucional ya citada y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016. En otro [trabajo](#) había tenido oportunidad de exponer que el artículo 296 de la

Constitución Política configura una verdadera *jerarquía* en materia de orden público entre los niveles territoriales de gobierno, bajo el mando del Gobierno Nacional, algo que ha señalado la jurisprudencia constitucional en los fallos C- 075/93 y C-204/19.

Esta forma de relacionarse entre los niveles de gobierno parece extraña al espíritu descentralizador que garantiza la autonomía de las entidades territoriales en los artículos 1 y 287 de la Constitución Política. Por esta razón, la primera cuestión que se planteó al ser expedidos los reglamentos mencionados es por qué no se utilizaron mecanismos de coordinación, en los términos del artículo 288 de la Constitución Política para buscar reconocer la autonomía y armonizar las políticas de orden público para atender la pandemia. Lo cierto es que el reglamento hizo uso de esta norma y entró a confirmar la jerarquía que se había establecido en la Constitución.

Existen dos fundamentos del artículo 296, uno material y otro jurídico. El material consiste en que, en un Estado como el colombiano en el que el conflicto armado interno y el narcotráfico había sido una constante durante las décadas anteriores a la expedición de la Constitución de 1991, el Gobierno Nacional no podía permitir una actuación desalineada de los distintos niveles de gobierno cuando se requiriera atender este tipo de situaciones. Por su parte, el fundamento jurídico se concreta en la [Ley preconstitucional 4 de 1991](#) “*por la cual se dictan normas sobre orden público interno, policía cívica local y se dictan otras disposiciones*”, aún vigente. Los artículos 6, 7 y 8 contienen reglas idénticas a aquella que se encuentran en las normas constitucionales citadas.

Después de analizada la jerarquía que se configura en materia de orden público, corresponde a analizar este último concepto y la forma cómo ha sido utilizado en este caso, pues como se señalaba, inicialmente se había pensado para casos de conflicto armado interno, pero la atención de la pandemia supone un caso diferente. Esto se analizará a continuación.

II. El concepto de orden público

En segundo lugar, el Decreto 418 de 2020 es un reglamento que concreta el poder de policía administrativa que está atribuido a los gobiernos nacional y territoriales. El poder de policía busca garantizar el *orden público*, pero este último concepto en ocasiones tiende a ser difícil de definir, tal como lo establece la sentencia C-179/94. No obstante, es cierto que el orden público no solo se compone de medidas para atender el conflicto armado interno sino para tomar medidas de salubridad para contrarrestar una pandemia. Es precisamente esta la razón por la cual se encuentra ajustado a la Constitución la adopción de medidas de policía para conseguir el orden público desde las perspectivas de la salubridad pública.

El análisis del concepto de orden público que se propone en el Decreto 418 de 2020 genera un particular debate. Se podría decir que los reportes de contagio de COVID-19 son suficientes para tomar medidas policivas que lleven a un distanciamiento social, pero recurrir a las sentencias C-216/1999 y C-179/1994, fallos citados en las consideraciones como fundamento jurídico del reglamento para dar contenido al orden público, no es afortunado. Estas dos sentencias se refieren a asuntos propios de estados de excepción, al revisar la declaratoria de emergencia por un terremoto en el departamento del Quindío y al hacer un control automático de legalidad a la que a la postre fue la Ley estatutaria 137/1994, respectivamente. En otras palabras, el fundamento jurídico de medidas de policía que se tomaron bajo un ordenamiento jurídico de normalidad encuentra sustento en jurisprudencia que ha revisado casos de Estados de excepción.

Si bien las medidas adoptadas encuentran sustento constitucional, la duda que se ha planteado es ¿por qué no tomar esas medidas en el marco de la declaratoria del Estado de Emergencia? Este cuestionamiento se plantea ya que estas tienden a restringir libertades de una manera

considerable y reflejan una jerarquía del orden nacional que genera un ambiente de discusión.

Pues bien, parecería ser que son dos los motivos por los cuales el Gobierno Nacional decidió seguir por esta vía: (a) los fundamentos jurídicos en la normalidad permitían este tipo de medidas y (b) la extensión temporal de éstas. Por un lado, uno de los requisitos que ha establecido por la jurisprudencia en el marco de los Estados de excepción es que las medidas para contrarrestar la emergencia no se puedan tomar en el marco de un estado de normalidad. Como se ha visto, el fundamento jurídico en el Decreto son normas propias de un estado de normalidad, por lo que no era necesario (¿y no era constitucional?) acudir a fórmulas excepcionales. En todo caso, la interpretación de la jurisprudencia constitucional aquí ha sido que las medidas restrictivas en el marco de policía administrativa en estados de excepción bien podrían tomarse, pues, si en un estado de normalidad se puede, más aún en un estado de excepción (C-032/93).

Por otro lado, adoptar las decisiones en el marco del artículo 296 de la Constitución Política garantiza que no tengan una vigencia temporal definida, como sí lo tienen los Estados de emergencia. Estos últimos se declaran por treinta días y puede prorrogarse, mientras que, como se ve el Decreto 420 de 2020 las medidas de orden público tienen una vigencia hasta el 30 de mayo de 2020, tal como lo señala el art. 2. Pero este último punto precisamente genera una duda posterior: si el Estado de emergencia se termina en un tiempo inferior al 30 de mayo, ¿se justifica que en un estado de normalidad se mantengan las medidas adoptadas? Si se sometiera a un control judicial bajo esta situación seguramente se encontraría que las medidas suponen una limitación innecesaria y desproporcional de las libertades.

III. Las medidas restrictivas

En tercer lugar, se analizarán las *decisiones de policía adoptadas* en el Decreto 420 de 2020 que están dirigidas a las entidades territoriales.

El primer aspecto por señalar es que el parágrafo 1 del artículo 2 del Decreto 418 se establece que las disposiciones adoptadas por las autoridades territoriales deberán ser coordinadas y estar en concordancia con las instrucciones dadas por el Gobierno Nacional. Esta norma tiene dos reglas concretas: la primera reafirma la jerarquía de las instrucciones adoptadas por el nivel nacional y la segunda plantea una coordinación de las medidas que se ajusten a lo señalado por aquél.

Este reglamento no se refiere al mecanismo concreto que se utilizará para coordinar las decisiones adoptadas. Parece entenderse, entonces, que la forma como se llegaría a esa coordinación es de diversas formas, bien a través de consultas o reuniones con el Gobierno Nacional. Habría sido conveniente establecer un mecanismo de coordinación en el mismo reglamento que se pudiera distinguir entre las decisiones urgentes y decisiones no urgentes y que pudiera ser conocido por una determinada dependencia de la Nación para que se permitiera “formalizar” ese tipo de mecanismos de coordinación.

El segundo aspecto por analizar en este tema es la naturaleza jurídica de las medidas adoptadas. Aunque los artículos 296, 303 y 315 de la Constitución Política cuando se refieren a la jerarquía en materia orden pública hablan de instrucciones, actos y órdenes del Gobierno Nacional, lo cierto es que la naturaleza jurídica del Decreto mencionado es el de un decreto reglamentario ordinario de policía. Por esto vale la pena anotar que, teniendo a disposición medidas tan flexibles, como las señaladas, se haya recurrido a un reglamento que es un instrumento normativo más complejo. En todo caso, con esto el Gobierno Nacional pareciera mantener un respeto a las decisiones de las entidades territoriales al fijar a través de normas una delimitación a su discrecionalidad, en el marco de la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico.

Este decreto tiene dos tipos de medidas: órdenes y prohibiciones. Entre las órdenes se encuentran medidas que ordenan prohibir a los gobiernos territoriales un tipo de actividades, por ejemplo, las reuniones de más de cincuenta personas a partir de las 6:00 pm (artículo 2.2).

Por su parte, las prohibiciones que suponen una limitación a la entidad territorial en la toma de la decisión en un determinado sentido. Estos dos tipos afectan de manera igual la autonomía de las entidades territoriales, pero se admiten en el marco de las relaciones de jerarquía (artículo 4).

IV. Las sanciones

En cuarto lugar, tanto el Decreto 418 como el 420 señalan que las autoridades que no observen las medidas de policía tomadas serán objeto de *sanciones*, pero no expone concretamente cuál puede ser la sanción. En esa medida, no se puede afirmar que estos reglamentos configuren un mecanismo de control administrativo, pues no definen exactamente cuáles y quiénes imponen las sanciones que se indican.

Por esto, las sanciones que acarreará a las autoridades territoriales el incumplimiento de estas medidas serán aquellas disciplinarias, fiscales y penales propias de ejercer competencias en contra de lo establecido en la ley. En particular, la referencia a las sanciones disciplinarias se encuentra en el artículo 14 de la Ley preconstitucional 4 de 1991, que señala que “con suspensión en el ejercicio del cargo de cinco a cuarenta días calendarios o destitución del mismo”.

Conclusiones

Finalmente, para concluir se debe señalar que, si bien las medidas adoptadas por el Estado colombiano (el orden nacional, departamental y municipal) parecen estar dando resultados al controlar la pandemia, lo cierto es que el mecanismo utilizado para coordinar todos los niveles de gobierno requiere de un mayor análisis, particularmente por el hecho de habilitar una fórmula de jerarquía en materia de orden público que puede ser utilizado incluso en momentos de normalidad.

A futuro podría cuestionarse incluso si el ámbito del orden público de salubridad pública puede llevar incluso a que desde el Gobierno Nacional se tomen medidas que lleven a controlar decisiones en materia de prestación del servicio de salud del orden territorial, aspecto necesario par atender la pandemia, asunto que llevaría a reconfigurar considerablemente las competencias de los niveles de gobierno

1.3. El dilema entre derechos fundamentales y la salud: El COVID-19 y los desafíos de la democracia.

Luisa Fernanda García

Profesora de la Universidad del Rosario

luisa.garcia@urosario.edu.co

El mundo entero atraviesa una situación excepcional. La propagación del COVID-19 amerita atender necesidades y requerimientos excepcionales para frenar la pandemia, que redundan, en gran parte, en medidas de orden público. La declaratoria del estado de emergencia económica y social en el país es el mecanismo previsto en la Constitución Política (artículo 215) que faculta al Presidente para que tome medidas encaminadas a contener la emergencia sanitaria que se avecina por cuenta del COVID-19.

En efecto, la Constitución Política de Colombia prevé que cuando se presenten situaciones que perturben *o amenacen en forma grave e inminente el orden económico y social o que constituyan una calamidad pública*, el Presidente de la República podrá declarar el Estado de Emergencia, afín de tomar las medidas conducentes a conjurar la crisis. En este caso, las medidas están encaminadas a disminuir el alcance de la pandemia, mediante la expedición de los decretos legislativos. El Estado debe atender una serie de prioridades que se centran, principalmente, en el sector salud como la provisión de recursos económicos para la población más vulnerable, entre muchos otros.

I. La declaratoria de emergencia

La declaratoria de emergencia, requiere de un presupuesto factico determinante. Es preciso responder a hechos sobrevinientes y extraordinarios que alteren el orden económico, social o ecológico y que sean distintos a los que constituirían estados de guerra exterior o conmoción interior. Estos hechos, precisa la Corte Constitucional, deben ser reales,

e imprevisibles, pero requieren de una reacción inminente por parte del Estado (Sentencia C-670 de 2015). La imprevisibilidad radica en el brote de la enfermedad COVID-19, donde se configura una calamidad pública que amerita la adecuación de medidas que contengan y mitiguen su propagación. La Ley Estatutaria de Estados de Excepción, estipula que en las medidas encaminadas a conjurar la emergencia deben mediar los principios de necesidad y proporcionalidad, en este caso, prevenir que se propague la pandemia, fortalecer el sector salud y mitigar los efectos económicos que está enfrentando el país son las medidas que ameritan decisiones de urgencia.

Estamos pues ante una situación de calamidad pública (Ley 1523 de 2012 art. 58), *“se entiende por calamidad pública, el resultado que se desencadena de la manifestación de uno o varios eventos naturales o antropogénicos no intencionales que al encontrar condiciones propicias de vulnerabilidad en las personas, los bienes, la infraestructura, los medios de subsistencia, la prestación de servicios o los recursos ambientales, causa daños o pérdidas humanas, materiales, económicas o ambientales, generando una alteración intensa, grave y extendida en las condiciones normales de funcionamiento de la población, en el respectivo territorio, que exige al distrito, municipio, o departamento ejecutar acciones de respuesta, rehabilitación y reconstrucción”*.

La calamidad pública alude, entonces, a “un evento o episodio traumático, derivado de causas naturales o técnicas, que altera gravemente el orden económico, social o ecológico, y que ocurre de manera imprevista y sobreviniente” sentencia C-466 de 2017. Al respecto, la Corte ha señalado que “los acontecimientos, no solo deben tener una entidad propia de alcances e intensidad traumáticas, que logren conmocionar o trastocar el orden económico, social o ecológico, lo cual caracteriza su gravedad, sino que, además, deben constituir una ocurrencia imprevista, y por ello diferentes a los que se producen regular y cotidianamente, esto es, sobrevinientes a las situaciones que normalmente se presentan en el discurrir de la actividad de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones y a las cuales debe dar respuesta el Estado mediante la utilización de sus competencias normales.

Para conjurar la calamidad pública y la extensión de sus efectos, el decreto 417 del 17 de marzo de 2020, declaró el estado de emergencia económica social y ecológica por el término de 30 días. Sin embargo, resulta sorprendente que el Presidente a pesar de contar con las facultades extraordinarias que le otorgaba la declaratoria de Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por causa de calamidad pública, acudiera a sus facultades ordinarias del 189 (CP), para emitir las medidas transitorias en materia de orden público (decreto 418 del 18 de marzo de 2020). El manejo del orden público en cabeza del presidente está en el artículo 296 de la Constitución Política, al igual que gobernadores y alcaldes de conformidad con el artículo 303 y 315 Constitución Política.

Asimismo, mediante decreto reglamentario, reguló la cuarentena obligatoria durante 19 días ([Decreto 457 de 2020 del 22 de marzo](#)). Ello, en ejercicio del poder de policía (artículo 198 y 199 de la ley 1801 de 2016), donde decreta el aislamiento preventivo y obligatorio de todos los habitantes del país desde el 25 de marzo al 13 de abril 2020.

Así nos enfrentamos a una limitación de derechos, si bien, el artículo 24 de la Constitución señala que solamente la ley puede establecer restricciones al derecho a circular libremente, el Gobierno, sin embargo, decide decretar la cuarentena a través de un acto administrativo reglamentario.

Se ha pasado de una etapa de contención a mitigación del coronavirus porque se han perdido los rastros del foco de contagio del coronavirus, se espera que los contagios se disparen y el distanciamiento social sea la mejor manera de prevenirlo.

II. El confinamiento y las medidas excepcionales en tiempos de paz

Luchar contra la pandemia es una prioridad absoluta, lo que resulta asombroso es que las democracias en tiempos de paz nunca autorizaron tales restricciones a los derechos fundamentales. La libertad de ir y venir, de reunirse, de salir a trabajar, de salir a estudiar, de vivir, se ha visto sesgada por una prohibición apremiante que prohíbe expresamente, la libertad de locomoción. El confinamiento total se justifica y se acepta en un estado de derecho liberal y democrático, cuando una realidad, el COVID 19, supera todos los paradigmas del garantismo constitucional y encuentra como única solución la prohibición expresa de movilizarse. Es más, el confinamiento es casi que un clamor popular, vemos los casos de Brasil y de México cuando el llamado hace unos días era que se declarara un estado de emergencia sanitaria y la cuarentena obligatoria para conjurar la dispersión de la pandemia. Con el tiempo, veremos cuáles serán las responsabilidades de los gobernantes por no tomar medidas a tiempo y los juicios de ¿porque no se tomaron medidas a tiempo?

Igualmente, preservar la vida justifica todas las medidas de excepción en el entendido que la excepción conlleve al carácter provisional de las mismas. Las medidas se aceptan sin reservas, solo en la medida en que prime el carácter transitorio y provisional. La emergencia por periodos hasta de treinta (30) días, que sumados no podrán exceder noventa (90) días en el año calendario. Sin embargo, surge la inquietud de una nueva pandemia, de otra urgencia sanitaria que amerite adoptar medidas de carácter excepcional y de transformar lo provisional en definitivo, como sucedió con el decreto del 4 x 1000 creado en 1998, bajo la emergencia económica invocada por el Gobierno, para enfrentar la crisis financiera del momento. En efecto, el gobierno mediante el decreto 2331 de 1998, había adoptado una medida de vigencia temporal de un (1) año, y buscaba: “preservar la estabilidad y la solvencia del sistema y proteger a sus usuarios”. La Corte Constitucional en su momento, al estudiar la constitucionalidad de las medidas en las sentencias C-122 y C-136 de 1999, estableció que el apoyo al sector financiero se limitaría

a la banca pública, a las cooperativas financieras y alivios para los deudores hipotecarios del sistema Upac. Sin embargo, superada la crisis en 1999, con el terremoto en la zona cafetera se declaró otra emergencia económica, que prolongó este impuesto modificando el destino de los recaudos, esta vez, para financiar la reconstrucción de las poblaciones más perjudicadas por la catástrofe. Así en el 2000 este impuesto se convirtió en un impuesto permanente aplicado a todos los retiros realizados de las cuentas corrientes y de ahorro y hoy en día se aplica a casi todo tipo de operaciones en el sistema financiero.

Con este ejemplo, ponemos de presente que los gobiernos estarán bastante tentados en que la urgencia sanitaria sea una justificación para prevenir futuras pandemias en la posteridad. Pero la problemática está mal orientada, el COVID-19, acentúa las desigualdades latentes e ignoradas por nuestros sistemas y nuestros gobernantes, pero ante pone de presente que la salud es un asunto de todos, y que la salud publica requiere del compromiso de los Estados para fomentar la investigación en bien de la humanidad, alejada de los propósitos mercantilistas de las empresas farmacéuticas.

III. La investigación científica como parte de los desafíos a la democracia

La ley estatutaria 1751 de 2015 establece el deber del estado de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, como uno de los fundamentos del Estado de derecho. El derecho a la salud se refiere a acceder a tratamientos médicos oportunos y encaminados a recobrar la salud.

Más allá de todas las realidades a las que nos enfrenta el COVID-19, el balance a corto plazo conlleva a resaltar serias falencias de nuestros sistemas económicos y también democráticos. En la era de los derechos, las desigualdades económicas y de derechos, salen a brote, y ahondan las falencias de un garantismo constitucional que se queda corto frente a una realidad cambiante con el paso de los días.

La salud global está en jaque y nos lleva a cuestionamientos profundos sobre las prioridades de los sistemas de salud y el papel del Estado. Una pandemia como esta era previsible si las industrias farmacéuticas hubieran desplegado acciones necesarias. Rony Brauman, Presidente de Médicos sin Fronteras entre 1982 y 1994 y director del Centro de Reflexión sobre Acción Humanitaria (CRASH) afirma cómo las epidemias de los últimos diez años como el cólera, el sida, el ébola, el SRAS (síndrome respiratorio agudo y severo) no han recibido una atención debida por parte de los Estados. No ha habido políticas públicas que respondan de manera inminente a la investigación, al igual que en materia de circulación de pacientes contaminados, como ninguna regulación internacional sobre la materia ha avanzado. El [problema que evidencia el profesor Brauman](#), pone de presente que las decisiones en materia de investigación científica están marcadas por la industria farmacéutica, cuando hace unos años, eran los Estados los que estaban a la vanguardia de los grandes avances científicos en beneficio de la humanidad.

Hoy en día la salud a nivel mundial y nacional no está exenta de la lógica del mercado y la decisión sobre los ensayos terapéuticos está dirigido por los laboratorios farmacéuticos y no por políticas gubernamentales, encaminadas a solucionar los problemas de salud puntuales. Afirma el Profesor Brauman, que desde los años 80 la industria farmacéutica no está dedicada a innovar e investigar, ello se debe a las fusiones y adquisiciones encaminadas a engendrar emporios farmacéuticos con miras lucrarse de la venta masiva de medicamentos creando un choque entre la cultura de la investigación y la cultura de la empresa. Ello genera, tensiones como recortes de personal, y con ello se alcanza un retroceso en la investigación pasando de la lógica medico científica a la lógica mercantilista, de rentabilidad a corto plazo, produciendo masivamente medicamentos de consumo masivo

Hoy por hoy, vemos los efectos nefastos de la lógica financiera en detrimento de la investigación científica fundamental lo que desarticula por completo el sistema democrático. Replantear el papel del Estado en la salud y la investigación científica es un desafío que busca redescubrir

el papel de la *puissance publique* y de la soberanía del Estado soberano que no puede estar al vaivén de las políticas mercantiles de la empresa farmacéutica donde las víctimas somos todos.

El caso de la gripa H1N1 es un ejemplo que demuestra el alcance del marketing en el tratamiento de las epidemias, cuando se identificó la gripa en el 2010. La industria farmacéutica se dio la tarea de producir a gran escala el Tamiflu como antídoto frente a epidemia. Meses más tarde, fue revelado un informe donde los cuatro laboratorios productores de vacunas, así como el productor de Tamiflu estaban presentes tanto en comisiones nacionales como en la OMS, confirmando la injerencia de la industria farmacéutica en la solución a la proliferación de la gripa H1N1.

Con ello pone de presente, que se requiere de reapropiación del papel del estado en su papel en defensa de la salud y de la vida.

2. LAS CONSECUENCIAS DE LA PANDEMIA EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.1. Procedimiento administrativo y estado de emergencia

Jorge Enrique Santos Rodríguez

Profesor de la Universidad Externado de Colombia

jorge.santos@uexternado.edu.co

[@jesantors](#)

La aparición del coronavirus (COVID-19) genera afectaciones a muchos niveles que deben ser atendidas por el Estado y, especialmente por la administración pública, algunas que imponen acciones directas de su parte y otras que demandan ajustes normativos para ajustar las actuaciones públicas ordinarias a la crisis. Dentro de los aspectos en los cuales se producen tales afectaciones se encuentran las relaciones entre la administración y el administrado que surten cauces formales propios de los procedimientos administrativos, pues por nuestra tradición, tanto el funcionario como el ciudadano están acostumbrados al expediente de papel y a las relaciones personales, asuntos que están vedados como consecuencia de las medidas que buscan evitar la propagación del virus.

Antes de que se adoptara la decisión de declarar el estado de emergencia y simplemente bajo la declaración de la emergencia sanitaria por parte del Ministerio de Salud, diversas entidades públicas como la Procuraduría General de la Nación, la Agencia Nacional de Infraestructura, la Superintendencia de Industria y Comercio y el Ministerio de Trabajo adoptaron individualmente medidas relacionadas con el trámite de procedimientos administrativos a su cargo, en las cuales, incluso, ordenaron la suspensión de términos, algunas de ellas al muy discutible amparo del artículo 306 del CPACA que, en realidad, no resulta claramente aplicable a los trámites ante las autoridades administrativas o, al menos, solo en un esfuerzo interpretativo muy amplio y con unos cri-

terios hermenéuticos muy laxos, pues, estrictamente, solo el artículo 14 del CPACA permite a las autoridades aumentar los plazos para resolver peticiones, sin que dicha regla pudiera extenderse a procedimientos sancionatorios o iniciados oficiosamente.

Sin embargo, esa era una conducta apenas razonable de cara a las circunstancias fácticas que está viviendo el país, pues lo cierto es que, a pesar de las diversas medidas e importantes medidas sectoriales que ha venido adoptando el Gobierno Nacional, tanto solo hasta el 28 de marzo se expidió el Decreto 491 de 2020 -esto es, 11 días después de declarada el estado de emergencia-, en el cual se adoptaron diversas medidas para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas, dando alcance a lo expresado en el Decreto 417 de 2020, en el cual se expresó la necesidad de adoptar normas que “flexibilicen la obligación de atención personalizada al usuario y se permita incluso la suspensión de términos legales en las actuaciones administrativas y jurisdiccionales” y que permitan la utilización de medios electrónicos y tecnológicos.

La explicación del contenido del Decreto 491 de 2020 se encuentra en sus consideraciones en donde se afirma, de una parte, que es necesario adoptar “medidas para ampliar o suspender los términos cuando el servicio no se pueda prestar de forma presencial o virtual”; en segundo lugar, que teniendo en cuenta la imposibilidad de garantizar que los servidores tendrán acceso a herramientas tecnológicas, es “necesario ampliar los términos para resolver las distintas modalidades de peticiones” y con ello garantizar los derechos de los peticionarios y, finalmente, que resulta obligatorio implementar mecanismos para “garantizar la atención a los administrados y el cumplimiento efectivo de las funciones administrativas y jurisdiccionales mediante el uso de medios tecnológicos y de telecomunicación”.

En materia de procedimientos administrativos y, especialmente, de procedimiento administrativo general, las normas más relevantes de dicho Decreto 491 de 2020, son las siguientes:

I. Deberes de información por parte de las autoridades

Es deber de las autoridades dar a conocer en su página web los canales oficiales de comunicación e información mediante los cuales prestarán su servicio, así como los mecanismos tecnológicos que emplearán para el registro y respuesta de las peticiones (art. 3).

En realidad, no existe nada realmente novedoso en esta disposición, pues el CPACA, en especial, el artículo 8º, ya preveía de manera general esos deberes de información, haciendo la norma repetitiva del régimen general vigente. Sin embargo, se juzga útil esta medida en tanto que, dada la frecuente inobservancia de esa clase de deberes por nuestra administración pública, refuerza el cumplimiento de esos deberes de las entidades públicas de cara a la situación de emergencia.

II. Suspensión de la prestación personal de los servicios

Se avala, salvo que sean indispensables para atender la emergencia, la suspensión de prestación personal de los servicios, esto es, que se autoriza a las autoridades públicas a no tener abiertas las oficinas de atención al público, privilegiando así la atención por medios electrónicos (art. 3).

Nuevamente, esta medida es apenas lógica en el contexto de la emergencia en tanto que evita el contagio derivado del contacto físico, pero trae importantes retos y dificultades en el trámite práctico de los procedimientos administrativos, como el ejercicio del derecho de contradicción cuando se requiere acceso a los expedientes que solo existen en físico o la realización de notificaciones personales en caso en que no se den los presupuestos de la notificación electrónica autorizada por

el mismo decreto. Se trata de circunstancias que solo podrán ser superadas de dos maneras: o bien suspendiendo las actuaciones administrativas al amparo de lo previsto en el artículo 6° del Decreto o bien manteniendo abierta la atención al público, sin que, en esos casos, sea posible continuar con los trámites en curso sin que esté disponible la atención al público.

III. Notificación electrónica de actos administrativos

La notificación personal de los actos administrativos se hará, como regla general, por medios electrónicos y no físicamente como solía ocurrir en los trámites regidos por el CPACA (art. 4), para lo cual se adiciona un requisito a las peticiones y a las intervenciones ante las autoridades públicas -y aún como deber para los intervinientes de los procedimientos administrativos en curso- en el sentido de que deben indicar una dirección electrónica, indicación con la cual se entiende cumplida la autorización de notificaciones electrónicas que exigen los artículos 56 y 67 del CPACA. Así las cosas, en nuestro criterio, debe entenderse si la autoridad encuentra una dirección electrónica en el expediente o si tal dirección se encuentra en un registro público, por ejemplo, en el registro mercantil, ello bastará para afirmar que la notificación puede hacerse por medios electrónicos.

Como es lógico, en el mensaje de notificación se exige el cumplimiento de los requisitos propios de la notificación personal que están previstos de manera general en el artículo 67 del CPACA: “indicar el acto administrativo que se notifica o comunica, contener copia electrónica del acto administrativo, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo” (art. 4).

Finalmente, llama la atención lo dispuesto en la norma en el sentido de que “la notificación o comunicación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración” (art. 3), lo cual, a

pesar de que implica un reto tecnológico para las entidades en cuanto a que no basta seguir con la práctica tradicional elemental que se aplica en muchos juzgados administrativos de imprimir el correo electrónico para afirmar que existe una notificación, sino que se debe tener certeza del acceso al acto -sea porque así lo informa el administrado o porque algún sistema de correo electrónico certificado así lo registra-, con lo cual se respeta lo dicho por la jurisprudencia de antaño en el sentido de que las notificaciones solo ocurren cuando el administrado accede al acto.

IV. Plazos para atender peticiones

La regla general para la atención de peticiones pasa de 15 a 30 días, el plazo para atender peticiones de documentos e información pasa de 10 a 20 días y el plazo para atender peticiones de consulta pasa de 30 a 35 días, extensión que no se aplica a peticiones para la garantía de derechos fundamentales (art. 5). Así mismo, se mantiene la posibilidad excepcional que ya traía el CPACA de que las autoridades aumenten los plazos para resolver las peticiones presentadas, manteniendo el límite de que el plazo para resolver no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.

V. Suspensión de términos en las actuaciones administrativas

Las autoridades pueden suspender, mediante acto administrativo y mientras se encuentre vigente la declaración de emergencia sanitaria por parte del Ministerio de Salud, los términos de las actuaciones administrativas (art. 6). Al respecto, es preciso indicar que, a nuestro juicio, no existe una suspensión general y automática de los procedimientos administrativos en curso, sino que es necesario que la autoridad administrativa, caso a caso, entidad por entidad, analizando las circunstancias específicas y la realidad de las necesidades, defina la suspensión de ciertas o de todas las actuaciones administrativas, lo cual deberá hacerlo únicamente en los casos en que definitivamente no sea posible continuar el trámite haciendo uso de los medios electrónicos, lo cual

hace que muchos de los actos emitidos por autoridades con anterioridad al Decreto deban ser revisados para verificar su concordancia con la excepcionalidad de la suspensión. Lo que el Decreto privilegia, en concordancia con las medidas que en general ha adoptado el Gobierno Nacional, es la continuidad del servicio por medios electrónicos, en un ejercicio de permitir que la administración continúe cumpliendo sus funciones y, a la vez, se proteja la salud de los servidores públicos.

De otra parte, ADVIERTE la norma que la “suspensión afectará todos los términos legales, incluidos aquellos establecidos en términos de meses o años” y que durante la suspensión “no correrán los términos de caducidad, prescripción o firmeza previstos en la Ley que regule la materia”, precisión que resulta particularmente importante para los procedimientos administrativos especiales que tienen silencios positivos y para los procedimientos sancionatorios, para los cuales, las decisiones de suspensión adoptadas antes de este Decreto no permitían entender que se hubiera dado una suspensión de la caducidad de la facultad sancionatoria o una suspensión del plazo del silencio administrativo positivo previsto en el artículo 52 del CPACA, como sí ocurre con la norma del Decreto.

VI. Firma de documentos y actos administrativos

Mientras dure la emergencia, para la suscripción por medios electrónicos de documentos a ser presentados ante las autoridades administrativas y para la firma de actos administrativos, no se requiere contar con el mecanismo de firma digital exigido por la Ley 527 de 1999, sino que podrá utilizarse la firma “escaneada”. De esta manera, no resultan aceptables las circulares que diversas oficinas de gestión documental han expedido en el sentido de continuar exigiendo la firma digital, contrariando lo dispuesto por el Decreto que lo único que pretende es facilitar al ciudadano el acceso a los servicios de la administración pública.

Evidentemente existen en el Decreto 491 de 2020 otras normas igualmente importantes relacionadas con la atención al público, la utiliza-

ción de esquema de trabajo en casa y la implementación de medios tecnológicos para que las autoridades públicas puedan dar cumplimiento a sus funciones, pero las anteriores normas son las que hemos considerado más importantes en cuanto a las adaptaciones del procedimiento administrativo general a las necesidades del estado de emergencia.

2.2. Impacto en la ejecución de los contratos estatales con ocasión de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica

Juan Carlos Expósito Vélez

Profesor de la Universidad Externado de Colombia

juan.exposito@uexternado.com

Con ocasión de la emergencia económica, social y ecológica decretada para todo el territorio nacional a efectos de contener la pandemia del COVID-19 dictada por el gobierno nacional por medio del Decreto 417 de 2020, se han promulgado una serie de decretos legislativos que la desarrollan y que en el marco de la contratación estatal tienen una incidencia tal que, amerita hacer algunos comentarios en relación con el impacto que dichas medidas tienen en la ejecución de los contratos estatales.

Debemos manifestar un aspecto primordial frente a la incidencia de las medidas tomadas por el gobierno con ocasión de la crisis viral y de cara a la ejecución de los contratos, donde es menester en primer lugar, no confundir la fecha de la declaratoria de emergencia que es por 30 días y que va del 17 de marzo de 2020 hasta el 17 de abril de 2020 con la de la cuarentena o confinamiento preventivo con carácter obligatorio que va desde el 25 de marzo de 2020 hasta el 13 de abril de 2020, en principio.

Los Decretos Legislativos que vamos a comentar son el 440/20, 457/20, 482/20 y el 491/20, todos ellos contienen normas que afectan la ejecución de los contratos estatales.

I. Decreto 440/20

Empezamos por el Decreto 440/20, el que en su art. 2º regula el tema de los procedimientos sancionatorios, incorporando los medios elec-

trónicos para la realización de las audiencias de que trata el art. 86 del Estatuto anticorrupción como desarrollo del art. 17 de la Ley 1150 de 2007. Debemos señalar que, esto no es nuevo, porque desde la Ley 527 de 1999 que contempla todo lo relacionado con el comercio electrónico en Colombia, ya se permitía esta modalidad, aunado a la Ley 962 de 2005 y en lo pertinente en el Decreto-ley 019 de 2012. La utilización de estos mecanismos, en todo caso se mantendrá durante todo el periodo de emergencia económica, social y ecológica. No está demás reiterar que como lo contempla la norma se deberá garantizar el acceso de los contratistas y de quienes hayan expedido las garantías, con un ítem adicional y es que de manera unilateral la entidad estatal por medio del funcionario competente podrá decretar suspensión de términos a procedimientos sancionatorios, *“inclusive los iniciados con anterioridad a la vigencia de este decreto”*.

Nótese que la norma no hace obligatorio la utilización de los medios electrónicos, porque invoca la expresión “podrá”, ante lo cual deja en libertad a la entidad estatal para el uso de esta herramienta frente a esta clase de audiencias que en caso tal de echar mano de ellas, deberá garantizar el debido proceso, porque se trata de una actuación administrativa tendiente a la imposición de una sanción y es por eso que nos preocupa que no diga nada con respecto a la notificación de los actos que se producen con ocasión de la realización de ellas de esta forma, por lo que existiendo este vacío, de acuerdo con el art. 77 de la Ley 80/93 se hace necesario complementarlo con los arts. 53 y 56 del CPACA que ordena a que cuando se utilizan los medios electrónicos, obligatoriamente la notificación por los mismos medios debe ser autorizada por el particular.

Por su parte, el art. 5 del Decreto establece una regla ajena a la contratación en condiciones ordinarias cuando de órdenes de compra directa que derivan de acuerdos marcos de precio se trata, como quiera que en ellos mientras esté vigente el estado de emergencia económica, social y ecológica se entenderán incorporadas obligatoriamente las cláusulas excepcionales. Sin duda, esto supone una modificación a las reglas contempladas en el numeral 2° del art. 14 de la Ley 80/93, toda

vez que en los contratos de prestación de servicios y de suministros, tipologías contractuales que se utilizan en esta clase de bienes y servicios, en condiciones normales tienen el carácter de ser potestativas y en caso de que se trate de una compraventa como otra tipología a utilizarse, igualmente estarán incorporadas las cláusulas excepcionales de manera obligatoria, cuestión que a la luz del art 14, ídem, también sufre una modificación, de cara a las reglas establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado que además de las tres categorías relacionadas en el art. 14 de la Ley 80 de 1.993 en donde en unos contratos son obligatorias, en otros potestativas y en los del parágrafo de la misma norma están prohibidas, la jurisprudencia ha incluido dentro de un cuarto grupo a aquellos contratos que no están enlistados en el art. 14 de la Ley 80 de 1993, el caso de la compraventa. Así, se ha pronunciado el Consejo de Estado en [SCE de 1 de Julio 2015, exp. 34736](#) y [SCE de 27 de noviembre de 2017, exp. 59212](#). Ha podido ser una medida sana que a todos los contratos celebrados para conjurar la epidemia del COVID-19 en el marco de esta emergencia se les incluyeran las cláusulas excepcionales y no solamente a los acuerdo marco y todos los demás instrumentos de agregación de demanda.

Frente a los contratos relacionados con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de esta emergencia, podrán adicionarse sin limitación al valor, de conformidad con el art. 8º del Decreto. Para tal efecto, se exige justificar previamente la necesidad y la forma como esos bienes y servicios van a contribuir a gestionar o mitigar la situación de emergencia.

En el contenido del art. 8 se precisa que la adición en valor aplicará a los contratos que se celebren durante el término de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica y durante el término que esta esté vigente, es decir, hasta el 17 de abril, en principio, lo que comporta una vigencia transitoria y solo para atender las necesidades que se han sucedido con ocasión de la pandemia. Aunque la norma no lo señale, la adición debe guardar conexidad total con el objeto del contrato; sólo debe admitirse una mera reforma del objeto del contrato y nunca jamás que esté por fuera del marco del mismo como lo ha sostenido la juris-

prudencia administrativa ([SCE de 26 de enero de 2.006. Exped. 3761](#) y el [Concepto Consejo de Estado, Sala de Consulta y servicio Civil de 17 de marzo de 2016. Rad. 2263](#), que es muy claro en cuanto a los límites para la modificación de los contratos), o lo que es lo mismo no se puede dar una modificación sustancial del objeto del contrato, porque ahí estaríamos frente a otra figura como lo es el contrato adicional en donde se agrega algo nuevo al alcance físico inicial del contrato.

De otro lado, hacemos notar que frente a la primera parte del artículo, el Decreto otorga efectos retrospectivos para adicionar aquellos contratos celebrados con anterioridad a la promulgación del Decreto 440, es decir para modificarlos más allá del 50%, tope máximo establecido en el párrafo del art. 40 de la Ley 80 de 1.993, consagrado como única limitante que, la entidad en todo caso deberá justificar con antelación la necesidad y la forma como dichos bienes y servicios contribuirán a gestionar o mitigar la situación de emergencia y es en ese sentido el entendimiento que debe dársele a la norma y no otro.

De otro lado, los contratos celebrados con antelación a la entrada de la emergencia que no estén relacionados para mitigar la pandemia del COVID-19, deberán seguir los cánones normales dispuestos en el párrafo del art. 40 de la Ley 80 de 1.993.

De suma importancia, es el remate de la redacción del art. 8º, toda vez que indica que no se pueden realizar nuevas adiciones a estos contratos, salvo que no hayan superado el tope del 50% de que trata el párrafo del art. 40 de la Ley 80 de 1.993.

Finalmente, el artículo 9º del Decreto 440/20 preceptúa como un deber funcional que las entidades estatales deberán implementar para la recepción, trámite y pago a los contratistas del Estado mecanismos electrónicos durante el estado de excepción, sin perjuicio de lo señalado en el Estatuto Tributario art. 616.1 y el art. 773 del código de Comercio sobre la factura o documento equivalente, concordante con lo establecido en los párrafos de los artículos 16 y 17 del Decreto 491/20.

Es muy importante poner de presente que las entidades estatales tienen la obligación de hacer el pago dentro de los treinta días de presentada la factura, siempre que esta no haya tenido objeciones, so pena de incurrir la entidad estatal en el pago de intereses moratorios, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria y fiscal para los servidores públicos. En este punto, también es importante tener en cuenta lo que prescribe el art. 23 de la Ley 1150 de 2.007 sobre el derecho de turno de los contratistas.

II. Decreto 457/20

En el Decreto 457/20 que se ordenó el aislamiento preventivo con carácter obligatorio desde el 25 de marzo hasta el 13 de abril, se estableció un sin número de excepciones para que algunos contratos y obras pudieran continuar a pesar del confinamiento; y es así como se permite la circulación de los contratistas del Estado, siempre que sea necesaria para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del COVID-19 (num 3; art 3); igualmente en la misma norma en los nums. 13; 16; 17; 18; 22; 24; 25; 27; 30 y 34.

Debemos manifestar que el Decreto no mencionó nada en relación con otros contratos como por ejemplo la obra, la interventoría y la consultoría que no tengan ninguna relación con la prevención, mitigación y atención de la emergencia sanitaria, pero que en la práctica estamos casi seguros estos van a suspenderse por el aislamiento y es así como cuando haya imposibilidad material para su ejecución, el contratista va a tener que seguir sufragando costos administrativos y stand bay de maquinaria, o sea la mayor permanencia en la ejecución del contrato por un hecho externo al contratista y es posible que se presenten reclamaciones por desequilibrio económico basadas en el principio de la igualdad ante las cargas públicas y la solidaridad (art. 1 Constitución Política) que se deriva de ello, y siendo ello así se estaría en la situación de que el Estado, en principio, es el que tendría que asumir el restable-

cimiento del equilibrio económico del contrato. Por demás, esta normativa, sin duda constituye el antecedente del Decreto 491/20.

III. Decreto 482/20

En el Decreto 482/20 por el que se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura dentro del estado de excepción de emergencia económica, social y ecológica se establece en el art. 5 que el transporte masivo seguirá operando en las ciudades, acorde con los análisis de movilidad de las autoridades municipales, distritales o metropolitanas y en ningún caso la oferta podrá exceder el 50% de la oferta máxima que se tenga en cada sistema. Esta, sin duda es una medida sana que va acorde con la declaratoria de emergencia a efectos de garantizar el derecho constitucional a la salud. Sin duda, esto traerá consecuencias económicas para los operadores del transporte público masivo. Amanecerá y veremos!!

El art. 24 se encuentra redactado de manera concordante con lo que dicta el Decreto 417/20 que declaró la emergencia, puesto que se permitirá la continuidad de obras de infraestructura en construcción durante el término de duración de la emergencia, siempre que dichas obras de manera específica así estén dispuestas por la autoridad competente y cumpliendo los protocolos de bioseguridad, indicados por el Minsalud. A esto se suman las obras de infraestructura que no puedan suspenderse por motivos operacionales o técnicos.

Obsérvese bien como hay conceptos que no se encuentran definidos en la norma y que le ofrecen un margen amplio a la autoridad competente para poder hacer la valoración conceptual y técnica de dichas obras.

El art. 25 va en concordancia con los arts. 13 y 18 de la Ley 1508 de 2012, porque cuando haya disminución en el recaudo de los proyectos APP, podrán efectuarse prórrogas en tiempo que, sumadas, superen el 20% del valor del contrato inicialmente pactado. Cuando la iniciativa

es privada el proyecto podrá prorrogarse por encima del 20% del plazo inicial.

La norma subsiguiente, esto es, el art. 26, prevé la suspensión unilateral de los contratos de infraestructura de transporte (Ley 1682 de 2.013 y Decreto 342 de 2.019) y enmarcada dentro del ámbito de aplicación de la declaratoria de emergencia, esto es, que la suspensión resulte necesaria para el cumplimiento de las medidas derivadas de dicha declaratoria ante la pandemia del COVID-19 en primer lugar de común acuerdo, pero si pasados dos días de la comunicación que la entidad contratante haya enviado y el contratista haya hecho caso omiso a ella, la entidad estatal contratante, tendrá la facultad unilateral para hacerlo en los contratos de infraestructura de transporte. Esta suspensión durará el mismo tiempo de la declaración de emergencia. En principio, hasta el 17 de abril de 2.020.

Recordemos que la figura de la suspensión es una institución que es del resorte de pacto contractual, esto es, bilateral e instituida para casos extremos y excepcionales, que aparece como una de las vicisitudes de la ejecución ante diferentes circunstancias que impiden el normal avance en la ejecución del objeto contractual, las más de las veces por circunstancias exógenas a las partes. Sin duda, tal como se encuentra hoy diseñado este instituto, constituye una modificación del mismo frente a un contrato estatal celebrado en condiciones normales.

En este contexto, resulta indispensable determinar los efectos que conlleva la suspensión del contrato frente al vínculo contractual existente entre la Administración y el contratista.

Es por ello que la suspensión se ha entendido como la “*parálisis transitoria del contrato*”, que tiene lugar cuando no es “posible continuar con su ejecución por circunstancias imputables a la Administración o por hechos externos”; así mismo, que si ante tales circunstancias no se acude a la suspensión del contrato, el contratista se vería afectado “por el acortamiento del plazo contractual” ([SCE de 3 de octubre de 2.012. Exped. 23400](#)).

A lo anterior se suma, que otorgándole esta facultad al ente contratante se le está posibilitando una atribución propia de la exorbitancia, que cuando menos puede ser considerada una prerrogativa de poder público, aunque nada obsta para considerar que por esta norma el ejecutivo estaría haciendo una adición al artículo 14 de la Ley 80 de 1.993, por cuanto para estos tipos contractuales la suspensión unilateral podría elevarse a la categoría de cláusula excepcional. En todo caso, siendo manifestación de voluntad unilateral de la Administración, sin duda, ella se concretará por medio de la expedición de un acto administrativo, dictado en la etapa de ejecución del contrato y como tal considerado a la luz del art. 77 de la ley 80 de 1.993 un acto de la actividad contractual, por lo que muy a pesar de que la norma en cuestión haya guardado silencio en cuanto a la posibilidad de controlar su legalidad en sede administrativa, al ser un acto definitivo cabría el recurso de reposición y en caso tal de posible demanda contra dicho acto, procedería el medio de control de la controversia contractual de que trata el inciso 1 del art. 141 del CPACA.

Otro punto que surge de esta norma y que sin duda es el más importante en nuestro criterio y que va a cortar muchísima tela es el de las consecuencias derivadas de la suspensión de los contratos en el marco de este Decreto.

Ante la expedición de actos de autoridad legítimamente dictados por el Gobierno Nacional por virtud de la declaratoria de emergencia podría llegar a aducirse por parte de los contratistas que con ocasión de las suspensiones unilaterales de los contratos se llegaron a presentar desmedros en las prestaciones económicas del contrato, ante lo cual correspondería analizar en cada caso en concreto si de llegar a producirse la desproporción económica en la ejecución contractual, en efecto esta no tendría por qué ser asumida por el contratista, sino que todos los sobrecostos como personal administrativo, maquinaria parada, entre otros, deberían ser asumidos por la entidad estatal, ello con base no solamente en que bajo la consideración de que la suspensión unilateral es una cláusula excepcional y una vez hecha efectiva deberá mantenerse la

ecuación contractual, tal como lo ordena el art. 14 de la Ley 80 de 1.993 acorde con el art. 27, ídem (Por ejemplo, el Invías expidió circular en este sentido estableciendo que se suspenden los contratos, pero se negocian las condiciones económicas del contrato), sino también en que la obra que se ejecuta o el servicio que se presta no pueden afectar el patrimonio del particular cuando la finalidad de la obra o del servicio es la satisfacción de la colectividad (art. 2 de la Constitución Política y arts. 3 y 25-3 de la Ley 80 de 1.993), tal como lo ha sostenido el [Consejo de Estado en la Sentencia de 4 de septiembre de 2003, exp. 10.883](#) que: “*La prórroga o suspensión del contrato fundada en hechos no imputables al contratista, genera la obligación, a cargo de la entidad, de cubrir los sobrecostos ocasionados con la prolongación del plazo, siempre que tales también aparezcan probados*”.

La situación concreta se podría llegar a enmarcar dentro de la teoría de la imprevisión. La medida la adopta el gobierno investido de poder, órgano distinto a los entes contratantes, lo que configura una situación o circunstancia externa, extraordinaria e imprevisible para las partes del contrato y tal como lo ordena el ordinal 1 del art. 5 de la Ley 80/93, en caso de que procediera el reconocimiento tendría que llevarse al contratista a un punto de no pérdida que en ningún caso lo exoneraría de seguir con la ejecución del contrato, toda vez que el cumplimiento de la obligación no se torna imposible. Esta compensación sobre el déficit que podría sufrir el contratista tiene que ser de tal consideración que haya alterado gravemente y que haya desquiciado las prestaciones económicas envueltas en el objeto del contrato y como muy bien lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado ([SCE 26 de febrero de 2.004, exp. 14043](#); [29 de agosto de 2.014, exp. 26.703](#); [18 de septiembre de 2.003, exp. 15.119](#); [11 de septiembre de 2.003, exp.14.781](#), analizada en otro [trabajo](#)) para la operancia del reconocimiento del restablecimiento del equilibrio económico del contrato bajo la teoría de la imprevisión, se requiere de:

1. La razón o el motivo que da lugar al desequilibrio económico del contrato debe ser un hecho imprevisible
2. La ruptura de la ecuación financiera del contrato deber de carácter grave y anormal
3. Se requiere de medio proba-

torio idóneo que demuestre la relación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico 4. La situación fáctica alegada como desequilibrante no debe corresponder a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales 5. Debe exigirse una petición o reclamación específica frente a la alteración que deberá ser realizada en el momento en que las partes acuerden para el contrato suspensiones, adiciones, prórrogas, contratos adicionales, modificatorios, etc; pues de no hacerlo en esas oportunidades la petición resulta extemporánea y 6. La excesiva onerosidad.

Este es un tema que la jurisprudencia bien ha precisado desde otrora y lo ha diferenciado de otros factores detonantes de la ruptura del EEC; así por ejemplo en las [SCE de 9 de mayo de 1.996, exp. 10.151; 29 de mayo de 2.003, exp. 14.577](#) y el [Laudo arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá de 30 de agosto de 2.006 entre ESTYMA y el INVÍAS](#).

Finalmente, esta normativa en los artículos 27 y 28 consagra aspectos relacionados con los contratos de concesiones portuarias, regímenes que se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del estatuto de Contratación Estatal, por virtud de la Ley 1 de 1.991, previendo la posibilidad de prorrogar los plazos de dichos contratos por el tiempo que estimen necesario; es así como la prórroga puede superar el tiempo de la emergencia para reconocer los efectos probados que eventualmente generen en la economía del contrato la prestación del servicio en sus puertos, durante el tiempo de la declaratoria de emergencia. Para tal efecto deberá tenerse en cuenta: 1. Los riesgos contractuales y 2. La recuperación del valor de las inversiones hechas.

Como último permite que los puertos privados puedan atender operaciones de carga que tengan como propósito garantizar el abastecimiento de bienes de primera necesidad a las poblaciones que se encuentren dentro del área de la zona portuaria respectiva, con independencia del tipo de carga autorizada. Esta norma, sin duda va de la mano de los Decretos 417/20 y 457/20.

IV. Decreto 491/20

El último Decreto a comentar en cuanto al impacto en la ejecución de los contratos estatales es el 491/20. El art. 16 encierra en el radio de acción del confinamiento, esto es hasta el 13 de abril, en principio, que, las actividades que desplieguen los contratistas prestadores de servicios profesionales y de apoyo a la gestión de la entidad, como las asesorías y la organización de archivo, respectivamente ([SCE 41.719 de 2 de diciembre de 2.013](#)) se ejecutarán -léase bien- bajo mandato obligatorio para las entidades contratantes desde sus casas aplicando el teletrabajo, utilizando tecnologías de la información y las comunicaciones. Aquellas prestaciones que sean necesarias desarrollarlas de forma presencial, pero que por la situación de emergencia no se pueden llevar a cabo de esa forma, serán igualmente remuneradas y una vez se levante la restricción de locomoción cumplirán con su objeto y obligaciones, acordes con los términos pactados en el contrato.

La norma solo menciona a las personas naturales para estos tipos de contratos, lo que no obsta para que se extienda la garantía laboral de que habla el último inciso de no suspenderlos ni terminarlos frente a las personas jurídicas prestadoras de servicios profesionales, como quiera que el artículo está dirigido a la tipología contractual: prestación de servicios profesionales que pueden desarrollar tanto personas naturales como personas jurídicas.

Para cerrar estos comentarios, el art. 17 incluye dentro de la misma prohibición de suspender los contratos descritos en la norma anterior a los contratos de prestación de servicios administrativos como los de vigilancia, aseo, cafetería, transporte entre otros. Aquí no se habla de suspensión unilateral. Debe entenderse entonces que, aplica lo propio para la figura de la suspensión, es decir bilateral como si se tratara de los contratos celebrados en condiciones normales.

Acorde con el art. 9º del Decreto 440/20 en los párrafos de las dos últimas normas del Decreto 491 se establece que, para el trámite y pago

de los honorarios de estos contratistas, las entidades estatales deberán proporcionar y habilitar mecanismos electrónicos. Nos remitimos a los mismos comentarios que hicimos con respecto al artículo 9º de Decreto 440/20.

2.3. Sobre la fuerza mayor en la responsabilidad del Estado frente a la pandemia

Maximiliano A. Aramburo C.

Profesor de la Universidad Eafit

marambur@eafit.edu.co

[@maxaramburo](#)

Son al menos tres las figuras que, desde su construcción inicial en el derecho privado, se pueden proyectar al análisis de la responsabilidad del Estado en el escenario de la pandemia que ha obligado en casi todo el mundo a cuarentenas y aislamiento social y que, de manera correlativa, ha suspendido incontables esquemas de trabajo, paralizando con ello la producción de bienes y la prestación de servicios, con un efecto de reacción en cadena a gran escala. Tales son la fuerza mayor como causa extraña que impide la imputabilidad de un resultado dañoso al demandado; la teoría de la imprevisión, que permite la revisión de contratos cuyo cumplimiento se haga excesiva e injustificadamente oneroso para el deudor por circunstancias sobrevinientes; y las causales de justificación, que siguen luchando por un lugar dogmático propio en la estructura del juicio de responsabilidad. Debe partirse, con todo, de un punto común y necesario: ninguna de esas figuras tiene efectos a priori, por sí misma, frente a cualquier caso. Por el contrario, es necesario identificar cuál es el efecto que despliegan en un evento concreto y particular (o en un tipo de eventos), para determinar su alcance jurídico. En las líneas que siguen pretendo trazar diferencias fundamentales y concentrarme únicamente en el escenario marco de la responsabilidad extracontractual del Estado, con una nota marginal sobre la responsabilidad contractual.

I. Responsabilidad extracontractual del Estado

El primero de los grupos de casos con relevancia para los efectos de este escrito tiene que ver con la gestión de la crisis por parte del Esta-

do. Ante la previsibilidad (en cuestión de semanas) de los efectos de una pandemia, el Estado colombiano tuvo ocasión de tomar medidas para evitar que los efectos fuesen aun peores, no solo en lo que tiene que ver con la evitación de contagios a gran escala, sino también con la posibilidad de que el sistema de salud estuviera preparado para la atención de los casos, tanto los que pudiesen requerir hospitalización y terapia intensiva, como los que no: aprovisionamiento de implementos y dispositivos médicos, aumento de camas para tener capacidad suficiente, etcétera. En este sentido, la pregunta fundamental es si el Estado responde por omisión por las muertes que lleguen a producirse por enfermedades asociadas al virus en cuestión. Esto plantea dos escenarios: el de la responsabilidad por omisión, en el caso de las medidas que pudieron tomarse y no se tomaron (o se tomaron tardíamente) y el escenario de los daños que se pudieren causar por las medidas adoptadas para la contención o para la mitigación de la pandemia. Mientras que en el primer caso puede pensarse que el título de imputación es la falla en el servicio, en el segundo, al menos preliminarmente, parece que el título de imputación sería el daño especial.

Una de las cuestiones a considerar en este punto es si el Estado podría invocar la causa extraña como defensa. Preliminarmente, no parece claro que la pandemia, por sí misma, constituya un evento de fuerza mayor que exonere de responsabilidad al Estado, si justamente el estado de cosas que demanda la actuación cuya omisión se considera, es precisamente el de una infección masiva frente a la cual habría que responder. En este caso estarían, por ejemplo, de trabajadores del sector de la salud que pudieren terminar contagiados por carecer de medidas sanitarias de protección adecuadas (trajes, mascarillas, etc.), pero también los pacientes ordinarios que no logran ser atendidos por falta de equipos, como en la trágica situación del triage en España o Italia. Creo que un caso difícil de ubicar sería el de los hospitales a los que se desde antes de la aparición del virus se les adeuda por el Estado sumas extraordinarias, cuya situación de endeudamiento, de déficit o de falta de liquidez les impide atender adecuadamente una cierta masa de pacientes (infectados o no) en los picos altos de necesidades de atención en salud. Dado que las deudas son anteriores, la pregunta central en

estos casos es si el hecho que se le imputa al Estado es la omisión del pago oportuno, o la falla en la gestión de la crisis, en virtud de la cual debió desembolsar los recursos para el pago de sus obligaciones, que habría permitido al hospital correspondiente atender de mejor manera la crisis. Como esto es un contrafáctico, asociada a esta cuestión estará también la pregunta por el daño: ¿el daño que sufre este hospital es propio, o consiste en las reclamaciones que se le formulen por las víctimas defectuosamente atendidas? En cualquier caso, parece claro que la pandemia no podría verse como fuerza mayor —imprevisible e irresistible— con efectos liberatorios de responsabilidad, toda vez que es, por el contrario, el supuesto de hecho cuya deficitaria gestión generaría su responsabilidad.

Si el daño, por el contrario, tiene su origen en las medidas adoptadas por el Estado, los escenarios se multiplican y, en principio, parece que el título de imputación, como se señaló, sería el daño especial, que supone rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas. La Ley Estatutaria de Estados de Excepción (ley 137 de 1994), sin embargo, no parece prever normas especiales sobre indemnización o reparación de derechos que se pudieren ver afectados con las medidas adoptadas mediante los decretos de excepción, aunque en su artículo 8 sí se dispone que en ellos deben señalarse los motivos que imponen limitaciones de derechos constitucionales, lo cual destaca el título de imputación y, por lo tanto, la imposibilidad de emplear la fuerza mayor como expediente liberatorio de responsabilidad patrimonial por parte del Estado. Aún es pronto para hilar delgado sobre las pérdidas que sufran las industrias (costos de encendido de altos hornos, maquinarias, etcétera), y la recuperación en el tiempo de esas pérdidas, frente a medidas futuras en diferentes campos (subsidios, impuestos, etc.), que pudieran compensar total o parcialmente las pérdidas. Con todo, la teoría del daño especial anclada a la necesidad de las medidas adoptadas en el estado de excepción parece suponer también la necesidad de que se verifique un trato desigual entre sujetos iguales, que justifique la reparación del daño especial. Si por el contrario las medidas son generales para clases de sujetos, entonces la distribución de las cargas públicas se habría hecho de manera general y equitativa, y la defensa del Estado no iría

por el lado de la fuerza mayor sino por que quedarían desvirtuados los presupuestos del título de imputación.

II. Una nota breve sobre la responsabilidad contractual

En el marco de los contratos vale la pena hacer una diferenciación fundamental entre la responsabilidad del Estado y la de sus deudores o contratistas. En el primero de los casos, no parece claro que tratándose de obligaciones (fundamentalmente dinerarias) el Estado pueda alegar fuerza mayor a partir de la pandemia, si se trata del incumplimiento puro y simple de las prestaciones a su cargo. Más dudas merece la hipótesis del cumplimiento tardío, que a su turno puede desencadenar graves efectos en las economías de sus contratistas, sobre lo cual la jurisprudencia es abundante en cuanto a los límites que operan para las indemnizaciones correspondientes.

Quizás uno de los fenómenos causantes de mayor litigiosidad va ser, por el contrario, el de la responsabilidad de los contratistas del Estado, que siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, no podrán alegar el llamado hecho del príncipe, invocando las medidas de excepción como límites o impedimentos para el cumplimiento de sus obligaciones, toda vez que dicha teoría se reserva para actos emanados de la propia entidad contratante que impidan el despliegue de las conductas tendientes a la satisfacción del interés contractual. Tampoco podrían alegar caso fortuito, pues también la jurisprudencia (incluso la constitucional, en sentencia SU-449 de 2016) ha limitado los efectos esta figura, al señalar que por haber intervenido una acción voluntaria, no produce efectos liberatorios en la responsabilidad. El camino para los deudores del Estado, entonces, se vislumbra espinoso, aunque sobre ello hay ya luces en esta misma publicación.



**tirant
tech**

Tecnología e
innovación jurídica

