**CCE-DES-FM-17**

**ADICIÓN DE CONTRATO – Concepto de adición – Distintos supuestos – Prohibición de adicionar en más del 50%**

Durante la fase de ejecución de los contratos estatales, las partes podrían identificar alguna de las siguientes situaciones: i) la necesidad de acometer mayores cantidades de los ítems o actividades inicialmente previstos, a lo que en la práctica se le conoce como «mayores cantidades de obra», «obras adicionales» o adición de «ítems contractuales»; y ii) la necesidad de ampliar las prestaciones contractuales, mediante la ejecución de nuevos ítems o actividades, no incluidos en el contrato inicial, para lo que en la práctica las entidades ejecutan «obras extra» o «amplían el alcance» del contrato mediante la celebración de un «contrato adicional». No obstante, este último término, al igual que los señalados entre comillas ―algunos de ellos usualmente empleados en contratos de obra― son nociones doctrinarias y empleadas en la práctica por las entidades estatales, que actualmente no tienen un fundamento particular en el ordenamiento jurídico, el cual no le asigna efectos específicos a cada uno de ellos. Lo importante, y que se reiteró en distintos lugares de este concepto es que frente a cualquier incremento del valor inicial del contrato, que es lo que implica una adición, por cualquiera de los dos supuesto señalados previamente, e independientemente del nombre que se le dé al acuerdo, aplica el límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993: «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales». De manera que, aunque es posible celebrar todos los tipos de acuerdos indicados, siempre se debe observar esta última disposición.

**PROHIBICIÓN DE ADICIONAR EN MÁS DEL 50% – Contenido – Cálculo del monto – Ley 80 de 1993 – Parágrafo artículo 40**

Dicha norma además de consagrar una prohibición trae implícita una autorización, consistente en la posibilidad de adicionar los contratos estatales, siempre que no se supere el tope establecido. Debe tenerse en cuenta que el cálculo del límite debe hacerse en salarios mínimos para efectos de que el cálculo del tope sea preciso; de manera que para adicionar un contrato debe dividirse el valor inicial por el salario mínimo vigente al momento de la suscripción del contrato, y luego dividirlo por 2; el resultado obtenido constituirá el número de SMLMV por los cuales podrá adicionarse el contrato. En este sentido, para evitar equivocaciones, lo ideal es que cada que se efectúe una adición, se estime su valor en salarios mínimos, que se calcularán con base en el vigente al momento de la adición, de manera que se descuenten estos de los salarios mínimos que restan por adicionar, ya que las modificaciones podrían hacerse en diferentes años, porque si el contrato se ejecuta sin existir variación en el valor del salario mínimo la operación sería la misma si se toma el monto en pesos.

**ADICIÓN – Límite de valor – Excepción a la regla – Decreto 440 de 2020**

Si bien la postura jurisprudencial y doctrinaria es clara frente a la imposibilidad de adicionar los contratos estatales por más del 50% de su valor inicial, exceptuados los de interventoría conforme lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011; el Decreto 440 y 537 de 2020, rompen la excepción a esta regla de carácter cuantitativo. La actual emergencia presentada a nivel global a causa del coronavirus COVID-19, supone una exigencia por parte del Estado colombiano, encaminado a garantizar la salud de todos los habitantes del territorio nacional y a disminuir la propagación del virus, teniendo presente el factor de inmediatez con que se debe obrar para conjurar la crisis.

**ADICIÓN – Contratos suscritos – Antes – Entrada en vigencia – Decreto 537 de 2020**

[…]es importante determinar la intención del Decreto Legislativo 537 de 2020, delimitar el momento en el cual el contrato puede ser cobijado con la posibilidad de adición sin límite de valor. En este sentido, vale la pena resaltar que el Decreto en mención, distingue dos momentos frente a la temporalidad de los contratos cuyo objeto permitan gestionar o mitigar la situación de emergencia generada por el coronavirus COVID-19 y si estoy deben ser suscritos durante la vigencia del estado de emergencia.

[…]

[…] de la lectura del artículo 8 del Decreto 537 de 2020, es posible establecer que el primer momento contempla los contratos suscritos con anterioridad, pues se hace el uso de la palabra «celebrados», para referirse a los contratos que aún hayan sido celebrados con anterioridad a la expedición de los Decreto 440 y 537 de 2020, se encuentren directamente relacionados con bienes, obras o servicios para mitigar la pandemia, y un segundo momento para los contratos que «se celebren», durante la vigencia de la emergencia económica. En este sentido, se reitera que el factor determinante para definir si un contrato puede ser sujeto o no de la adición sin límite de valor, radica en forma directa en la conexidad para mitigar los efectos generados por la pandemia, ello, siempre y cuando se de en el marco de la vigencia de la Emergencia Sanitaria Decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Bogotá D.C., **28/07/2020 Hora 11:7:43s**

**N° Radicado: 22020130000006742**

Señor

**Darío Alfredo Moreno Uribe**

Ciudad

**Concepto C – 452 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | ADICIÓN – Concepto – Distintos supuestos – Prohibición de adicionar en más del 50% / PROHIBICIÓN DE ADICIONAR EN MÁS DEL 50% – Contenido – Cálculo del monto – Ley 80, artículo 40, parágrafo / ADICIÓN SIN LÍMITE DE VALOR – Excepción a la regla – Decreto 440 de 2020 / ADICIÓN – Contratos Celebrados con Anterioridad al Decreto 537 de 2020 |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta 4202013000005445 |

Estimado señor, Moreno Uribe:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 30 de junio de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza la siguiente pregunta: ¿la adición de que trata el artículo 8° del Decreto 537 de 2020 se aplica a los contratos suscritos con anterioridad a la declaratoria de urgencia, pero que por su objeto garantice las acciones realizadas para la atención, contención y mitigación del COVID-19?

1. **Consideraciones**

Para resolver esta consulta se hará un análisis de los siguientes temas: i) normas expedidas a partir de la pandemia originada por el COVID-19 en materia de contratación estatal, ii) adición de los contratos estatales y iii) la posibilidad de adicionar sin límite de valor los contratos celebrados por las entidades estatales que se relacionen con bienes, obras o servicios para gestionar o mitigar los efectos de la emergencia causada por el coronavirus –COVID-19– y el momento de su suscripción.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos con radicado Nos. 4201912000007298 de 23 de octubre de 2019, 4201913000006294 del 16 de septiembre de 2019, C–062 del 25 de marzo de 2020, C–100 del 27 de marzo de 2020, C–130 del 24 de abril de 2020, C–308 del 28 de mayo de 2020 y C–318 del 28 de mayo de 2020, estudió los asuntos relacionados con la adición de los contratos estatales. Entre otros aspectos, allí se analizó el tope hasta el cual se pueden adicionar, por lo que se reiteran dichas consideraciones.

**2.1 Disposiciones normativas expedidas a partir de la pandemia originada por el COVID-19 en materia de contratación estatal**

La Organización Mundial de la Salud, a raíz del brote surgido por el coronavirus COVID-19, lo declaró una pandemia el 11 de marzo de 2020, por su rápida velocidad de propagación. En esta medida, solicitó a los Estados tomar acciones urgentes frente a la identificación, aislamiento, monitoreo de los posibles casos y el tratamiento de los casos confirmados, así como la divulgación de las medidas preventivas, con el objetivo de mitigar el contagio.

A raíz de la declaración de pandemia del coronavirus COVID-19, el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, declaró el estado de emergencia sanitaria por causa del nuevo coronavirus, estableciendo medidas destinadas a la prevención y contención del riesgo epidemiológico asociado con el COVID-19. El Ministerio de Salud y Protección Social, mediante Resolución 844 del 26 de mayo de 2020 prorrogó la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional hasta el 31 de agosto de 2020.

En virtud de lo anterior, mediante Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, se declaró por el término de treinta (30) días el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, con lo cual, el Presidente de la República quedó autorizado para dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos, y teniendo en cuenta la compleja situación presentada a nivel nacional, en aspectos sociales, económicos y de salubridad pública a causa del avance de la pandemia, el Gobierno Nacional, mediante Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, declaró nuevamente el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, por el término de treinta días calendario.

Mediante Decreto 440 del 20 de marzo de 2020, se tomaron medidas en materia de contratación estatal, con la finalidad de prevenir la propagación de la pandemia mediante el distanciamiento social, acudiendo a la realización de audiencias públicas electrónicas o virtuales, fortaleciendo el uso de herramientas electrónicas, de manera que se evite el contacto entre los participantes en los procesos de contratación, en las actuaciones contractuales sancionatorias, siempre y cuando se respete el derecho al debido proceso y el contratista pueda ejercer su derecho de defensa. Adicionalmente se permitió a las autoridades administrativas y a la Agencia de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, a través de los instrumentos jurídicos idóneos, adelantar los procedimientos de contratación de forma ágil y expedita encaminados a conjurar la crisis por el coronavirus COVID-19; inclusive, la autorización de adicionar de forma ilimitada los contratos que contribuyan a atender la pandemia.

Con motivo de las ampliaciones realizadas al asilamiento preventivo obligatorio, se expidió el Decreto 537 de 12 de abril de 2020 con el propósito de mantener las medidas adoptadas por el Decreto 440 del 20 de marzo de 2020, además de incluir varias disposiciones, encaminadas a configurar catálogos de emergencia conformados por proveedores preexistentes y nuevos de bienes o servicios útiles y necesarios para mitigar la pandemia o impedir la extensión de sus efectos.

**2.2 Adición en los contratos estatales**

Es oportuno explicar que la palabra *adición* significa «acción y efecto de añadir o agregar». Los contratos estatales pueden ser objeto de situaciones que impliquen la necesidad de adicionar o modificar las condiciones inicialmente pactadas, conforme lo establece el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, pudiendo incluirse las modalidades, condiciones y, en general las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias para el cabal cumplimiento del objeto contractual.

La ejecución de los contratos estatales está sujeta a los cambios propios del paso del tiempo. Así, durante la etapa de planeación, las entidades públicas estiman y determinan las prestaciones que demanda la satisfacción de la necesidad de interés colectivo que pretende satisfacer. No obstante, durante la ejecución del contrato, las partes identifican alguna de las siguientes situaciones: i) la necesidad de mayores cantidades de bienes o actividades inicialmente previstos, a lo que se le conoce como «mayores cantidades de obra», «obras adicionales» o adición de «ítems contractuales»; y ii) la necesidad de ampliar las prestaciones contractuales, mediante la ejecución de nuevos ítems o actividades, no incluidos en el contrato inicial, para lo que en la práctica las entidades ejecutan «obras extra» o «amplían el alcance» del contrato mediante la celebración de un «contrato adicional». No obstante, estos términos –algunos de ellos usualmente empleados en contratos de obra– son nociones doctrinarias que se utilizan en la práctica por las entidades estatales, que actualmente no tienen un fundamento particular en el ordenamiento jurídico, el cual no le asigna efectos específicos a cada uno de ellos.

Lo importante es que frente a cualquier incremento del valor inicial del contratopor cualquiera de los dos supuestos señalados previamente, e independiente del nombre que se le dé al acuerdo, aplica el límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993: «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales». De manera que, aunque es posible celebrar todos los tipos de acuerdos indicados, siempre debe observarse esta última disposición[[1]](#footnote-1).

Dicha norma además de consagrar una prohibición trae implícita una autorización, consistente en la posibilidad de adicionar los contratos estatales, siempre que no se supere el tope establecido. Debe tenerse en cuenta que el límite debe establecerse en salarios mínimos para que el cálculo del tope sea preciso; de manera que para adicionar un contrato debe dividirse el valor inicial por el salario mínimo vigente al momento de la suscripción del contrato, y luego dividirlo por 2; el resultado obtenido constituirá el número de SMLMV por los cuales podrá adicionarse el contrato. En este sentido, para evitar equivocaciones, lo ideal es que cada que se efectúe una adición, se estime su valor en salarios mínimos, que se calcularán con base en el vigente al momento de la adición, de manera que se descuenten estos de los salarios mínimos que restan por adicionar, ya que las modificaciones podrían hacerse en diferentes años, porque si el contrato se ejecuta sin existir variación en el valor del salario mínimo la operación sería la misma si se toma el monto en pesos.

El razonamiento anterior se fundamenta en la forma como la Ley 80 de 1993 estableció el tope para las adiciones, acudiendo a una forma de actualización del valor, de acuerdo con los incrementos que tenga el salario mínimo, lo que resulta especialmente relevante en contratos de larga duración. Sin perjuicio de lo expuesto previamente por la Subdirección de Gestión Contractual, en torno al tope de la adición de los contratos, se señalarán algunas otras posturas que no se comparten, por considerarlas contrarias a la regulación actual contenida en la Ley 80 de 1993.

**2.2. Dos posturas en torno al límite para adicionar los contratos estatales**

Antes de señalar las dos posturas, se aclara que el presente problema ocurre, especialmente, en los contratos cuya estructuración y pago se realiza por precios unitarios, aunque también se extiende al de administración delegada o reembolso de gastos[[2]](#footnote-2), ya que en el de precio global, como más adelante se expondrá, existe un mayor consenso en torno a la forma de aplicar el parágrafo del artículo 40.

La primera postura, que fue señalada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y adoptada por el Consejo de Estado en otros pronunciamientos, considera que solo hay lugar a la celebración de un contrato adicional, y por tanto que se encuentre sometido al parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, cuando se adicione una obra u actividad que no estaba contemplada en el alcance inicial del contrato.

En tal sentido, la prohibición es inaplicable a otros aumentos del valor, originados, por ejemplo, en mayores cantidades de obra, ya que el valor inicial del contrato, en el sistema de precios unitarios, solo consiste en un estimativo del costo que tendrá el contrato, que solo logra determinarse una vez termine la ejecución, de manera que con las mayores cantidades de obra no se presentaría una modificación del precio, sino que simplemente se determinará el valor final del contrato, que no será diferente del precio acordado inicialmente que se mantendrá invariable, precisándose, al final, el monto real del estimativo. La postura anterior se sintetiza en el siguiente concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

Por lo mismo, no se trata de que exista un «cambio» o «adición» en el contrato, sino de la aplicación de las reglas contractuales previamente determinadas en el contrato original. Es una operación matemática y no más.

Es preciso, entonces, entender que solamente habrá verdadera «adición» a un contrato cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato, en razón a que el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrar el contrato no fue adecuada; en otros términos, los mayores valores en el contrato no se presentan debido a mayores cantidades de obra por cambios introducidos al alcance físico de las metas determinadas en el objeto del contrato, sino que esas mayores cantidades de obra surgen de una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato[[3]](#footnote-3).

Esta postura también es defendida por cierto sector de la doctrina[[4]](#footnote-4). Bajo esta se amplía el límite establecido por el legislador en el artículo 40, ya que este tipo de modificaciones, para ejecutar más de un mismo ítem o actividad pactada en el contrato –estas posturas las considerarían «precisiones» o «determinaciones del valor final»–, no se tendrían en cuenta para señalar en qué porcentaje se ha adicionado un contrato, ya que ellas no son *contratos adicionales*:

En este estado de la cuestión, deberíamos reconocer la existencia de islotes interpretativos sobre este tópico, en los cuales y contraviniendo lo expuesto, el Consejo de Estado, por su puesto de manera errada, ha considerado que la mayor cantidad de obra de un contrato de obra pública a precios unitarios, debe ampararse bajo el ropaje de un contrato adicional y, en consecuencia aplicando el límite del 50%.

Insistimos que no podemos compartir este planteamiento por lo siguiente:

- La naturaleza misma del contrato pactado a precios unitarios en el cual se conviene la realización de una obra claramente determinada (por ej. La pavimentación de la carrera 7ª entre las calles 34 y 100), que cuenta con unas cantidades estimadas que arrojan un precio igualmente estimado.

- Si por decir algo, esas cantidades se acaban en la calle 94, lo faltante, esto es desde la calle 95 a la 100, no es una obra adicional ya que ella hace parte del objetivo inicial, vale decir, que no se requiere pactar un elemento nuevo necesario o accesorio al objeto primigenio pues lo carente hacer parte de él desde el principio.

- Lo procedente, entonces, es que la interventoría a cuyo cargo está el control de las cantidades y presupuestos ejecutados, antes de agotar las inicialmente dispuestas, informe a las partes del contrato con miras a que la entidad obtenga los recursos necesarios para concluir lo pactado.

- La inyección de los nuevos recursos no se hace al ampro de un contrato adicional sino como parte de un trámite interno oficial, con información al contratista para que pueda seguir avanzando en la obra[[5]](#footnote-5).

Por su parte, el Consejo de estado en otras providencias, reiteró el criterio desarrollado en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio de Civil del Consejo de Estado citado previamente[[6]](#footnote-6).

La otra postura, defendida por otra parte de la doctrina, y que es la que sostiene esta Agencia, considera que cualquier aumento del valor, independientemente de la causa que lo origine, se enmarca dentro del límite del parágrafo del artículo 40, de manera que la norma debe entenderse en el sentido de que cualquier aumento del precio inicial, que implique añadir recursos a los inicialmente previstos, implica la celebración de una adición ―que será un contrato―, independientemente del nombre que se le dé y que necesariamente se someterá a la norma prohibitiva, salvo norma especial que excepcione la regla general:

Según este criterio, [el expuesto previamente en este concepto] del cual nos apartamos categóricamente, el contrato de nuestro ejemplo, por valor de $1’000.000, podría costar al final $1.000’000.000, sin incursionar en los terrenos prohibitivos del art. 40. Y no se comparte este criterio porque desconoce que la Ley 80 de 1993 quiso evitar, precisamente, que los contratos se adicionaran en más del 50%, y sin duda alguna una ampliación de las cantidades de obra denominada *obra adicional* conduce a una adición del contrato, luego debe tener como límite el 50% analizado.

[…]

La tesis jurídica que prevalece es que los contratos no se pueden adicionar por encima del límite del art. 40, sin importar si la obra es extra o adicional, pues estas categorías son meramente técnicas y no jurídicas, de modo que lo determinante no es el tipo de obra, bien o servicio que se necesita ejecutar en mayor cantidad, sino su valor. Si sobrepasa el límite legal no es posible ejecutarlo[[7]](#footnote-7). (Aparte en corchetes fuera del original).

La postura anterior también es defendida por la Sección Tercera del Consejo de Estado y por la mayoría de las entidades, porque en el año 2010 se demandó la legalidad del artículo 73 del Decreto 2474 de 2008, que autorizaba la adición de algunos contratos por encima del 50%. La Sección Tercera declaró su nulidad, en la sentencia del 14 de abril de 2010, bajo los siguientes argumentos:

La Sala acogerá la pretensión formulada en atención a que como ya ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación las expresiones utilizadas por la ley («adicionar» y «valor inicial»), hacen referencia a la necesidad de operar modificaciones en algunos negocios jurídicos, lo cual implica una variación en el valor pactado. En este evento, se trata de obras nuevas o distintas indispensables para alcanzar la finalidad perseguida con el acuerdo de voluntades. No obstante, lo anterior, la legislación vigente contempla una limitante: el valor de lo adicionado no puede sobrepasar la mitad de lo inicialmente pactado, asegurándose su actualización mediante las variaciones que presenta el salario mínimo legal mensual. La prohibición expresada por el legislador en el artículo 40 del Estatuto de contratación estatal, es una medida que no sólo busca que no se burlen los procedimientos de selección, sino que además asegura principios como la transparencia, la selección objetiva y la planeación

Llegados a este punto, se encuentra que la norma demandada tiene el alcance que el demandante le endilga, en ella se señala la posibilidad de adicionar el contrato de interventoría sin atender a ningún límite de valor, el único criterio que se tiene presente es la prórroga del contrato sobre el cual se realiza la inspección y vigilancia. En otras palabras, se permite una adición que no tiene en cuenta la prohibición establecida en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y que podría sobrepasar en más de un 50% el valor de lo inicialmente pactado[[8]](#footnote-8).

Esta Agencia comparte la última postura, ya que es la que mejor garantiza el principio de legalidad, pues la norma es clara en señalar que los contratos no podrán adicionarse en más del 50% de su valor inicial, y valga la redundancia, el valor inicial es el contemplado en el contrato originario y cualquier alteración a ese valor constituirá, técnicamente, una adición, independientemente de cuál sea su causa; lo otro implicaría una fuga a la prohibición fijada por el legislador.

Actualmente, solo existe una posibilidad para adicionar contratos en más del 50% y es la contenida en el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011, para los contratos de interventoría que, por su naturaleza de seguimiento técnico, deberá someterse al plazo en que haya sido prorrogado el contrato objeto de vigilancia. Esta disposición, cumple con el objetivo de fortalecer la figura de la interventoría, como una herramienta integral, para proteger los intereses públicos y no causar un daño antijurídico al abandonar la vigilancia del contrato principal, por limitaciones presupuestales.

**2.3. La posibilidad de adicionar sin límite de valor los contratos celebrados por las entidades estatales que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la emergencia causada por el coronavirus COVID-19**

Si bien la postura jurisprudencial y doctrinaria es clara frente a la imposibilidad de adicionar los contratos estatales por más del 50% de su valor inicial, exceptuados los de interventoría conforme lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011, los Decretos 440 y 537 de 2020 excepcionan esta regla. La actual emergencia presentada a nivel global a causa del coronavirus supone una exige al Estado colombiano garantizar la salud de todos los habitantes del territorio nacional y a disminuir la propagación del virus, atendiendo a la inmediatez con que se debe obrar para conjurar la crisis. Sin embargo, la excepción a la regla se configura en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, así como de la Emergencia Sanitaria, lo que implica delimitar las circunstancias en que puede ser adicionado un contrato por encima del 50% de su valor inicial. En esta medida se dispone los siguiente:

Artículo 8. Adiciónese los siguientes incisos al parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, así:

Adición y modificación de contratos estatales. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, todos los contratos celebrados por las entidades estatales que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, podrán adicionarse sin limitación al valor. Para este propósito, la entidad estatal deberá justificar previamente la necesidad y la forma como dichos bienes y servicios contribuirán a gestionar o mitigar la situación de emergencia.

Igualmente, esta disposición se aplicará a los contratos que se celebren durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COV1D-19, y durante el término que dicho estado esté vigente.

El artículo 8 de los Decretos 440 y 537 del 2020 permite adicionar los contratos sin límite de valor para los bienes, obras o servicios destinados a gestionar y mitigar las situaciones originadas por la pandemia. En esta medida impone a la Administración el deber de justificar la conexidad que existe entre el objeto a adicionar y la situación de emergencia. Por tanto, no es deliberada la adición a los contratos que se realicen en virtud de los decretos mencionados, pues las entidades deben observar los principios de la función administrativa y la contratación estatal y, por otro lado, la naturaleza de los bienes, obras o servicios y su destinación a mitigar los efectos de la pandemia originada por el COVID-19.

Ahora, con motivo de la consulta realizada es importante determinar la intención del Decreto Legislativo 537 de 2020 sobre los contratos a los que les aplica la adición sin límite de valor. En este sentido, el Decreto dispone que la adición aplica a los contratos suscritos antes y durante el estado de emergencia sanitaria. En efecto, de la lectura del artículo 8 del Decreto 537 de 2020, es posible establecer que el inciso primero contempla los contratos suscritos con anterioridad, pues se hace el uso de la palabra «celebrados» para referirse a los que se perfeccionaron antes de la declaración. Por otro lado, el inciso segundo del artículo 8 del Decreto 537 de 2020 se refiere a los contratos que «se celebren» durante la vigencia de la emergencia sanitaria. En este sentido, el factor determinante para definir si un contrato puede ser sujeto o no de la adición sin límite de valor, radica en forma directa en la conexidad para mitigar los efectos generados por la pandemia, ello siempre y cuando se de en el marco de la vigencia de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

**Respuesta**

¿La adición de que trata el artículo 8° del Decreto 537 de 2020 se aplica a los contratos suscritos con anterioridad a la declaratoria de urgencia, pero que por su objeto garantice las acciones realizadas para la atención, contención y mitigación del COVID-19?

Las adiciones de los contratos vigentes celebrados con anterioridad a la declaración del estado de emergencia sanitaria, cuyos su objetos se encuentren directamente relacionados con la adquisición de los bienes, obras o servicios para atender, gestionar y mitigar los efectos del coronavirus –COVID-19–, se rigen por el inciso primero del artículo 8 del Decreto 537 de 2020 siempre que las adiciones obedezcan a un estudio de necesidad y pertinencia, además de encontrarse plenamente justificadas y se establezca la relación directa que existe entre los objetos a adicionar y la situación de emergencia.

Es oportuno precisar que la adición sin el límite fijado solo podrá realizarse mientras se encuentre vigente la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social. Una vez finalizado el estado de emergencia, los contratos suscritos sobre los cuales no se realizaron adiciones superiores al 50%, podrán adicionarse conforme el inciso final del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Omar Germán Mejía Olmos  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |

1. Lo anterior, sin perjuicio de lo prescrito por la Ley 1474 de 2011, que en su artículo 85, en relación con los contratos de interventoría, excepciona la aplicación de la restricción analizada, de manera que podrán adicionarse sin importar su monto: «Artículo 85. Continuidad de la interventoría. Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993». [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de julio de 2002. Exp. 1.439 C.P. Susana Montes Echeverri. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ibíd. [↑](#footnote-ref-3)
4. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición, Bogotá: Legis, 2016, p. 635 y 636. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ibíd. p. 592 [↑](#footnote-ref-5)
6. Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2004. Exp. 22.178 y en la Sentencia de la misma Sección del 15 de julio de 2004. Exp. AP-1164-02. [↑](#footnote-ref-6)
7. MARÍN CORTÉS. Fabián G. El precio. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo ― CEDA y Librería Jurídica Sánchez, 2012. p. 220 y 221. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. Exp. 36.054. M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-8)