CCE-DES-FM-17

**EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA – Emergencia sanitaria – Diferencias**

El 17 de marzo de marzo de 2020, el presidente de la república decretó el Estado de emergencia económica, social y ecológica mediante el Decreto Legislativo 417 de 2020, con fundamento en el artículo 215 de la Constitución. Este primer estado de excepción estuvo vigente por treinta (30) días calendario. Posteriormente se ordenó un segundo estado de emergencia económica, social y ecológica, a través del Decreto Legislativo 637 del 6 de mayo de 2020, el cual rigió por otros treinta (30) días calendario. Esto nos permite concluir que el estado de excepción mencionado tuvo vigencia hasta el 4 de junio de 2020.

Ahora bien, no se puede confundir el *estado de emergencia económica, social y ecológica* que rigió por dos períodos que ya finalizaron en el año 2020, con el *estado de emergencia sanitaria* que aún continúa. En efecto, la emergencia sanitaria –que no es un estado de excepción–, sino una medida administrativa para mitigar y atender una situación sanitaria, fue declarada en la Resolución 385 del 2020, expedida por el Ministerio de Salud, para regir entre el 12 de marzo y el 30 de mayo de 2020 –obsérvese que esta emergencia sanitaria se declaró antes de que se decretara el estado de excepción–. Dicha emergencia sanitaria se ha venido prorrogando a través de otros actos administrativos: la Resolución 844 del 2020 la mantuvo vigente hasta el 31 de agosto de 2020, la Resolución 1462 hasta el 30 de noviembre de 2020, la Resolución 2230 de 2020 hasta el 28 de febrero de 2021 y la Resolución 222 de 2021 la prorrogó hasta el 31 de mayo de 2021. Esto quiere decir que actualmente nos hallamos ante un estado de emergencia sanitaria, pero no ante un estado de emergencia económica, social y ecológica.

**CONTRATACIÓN DE URGENCIA – Decreto 537 de 2020 – Emergencia sanitaria – COVID 19**

En relación con el artículo 7 del Decreto 537 de 2020, debe aclararse que dicha norma habilita la contratación por urgencia durante la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y de Protección Social. Dicha medida se encuentra vigente, por ahora, hasta el 31 de mayo de 2021, de conformidad con la Resolución 222 de 2021. Si la emergencia sanitaria no se prorroga, sino que, por el contrario, finaliza, las entidades estatales no pueden contratar directamente fundamentándose en las circunstancias de urgencia manifiesta previstas en el artículo 7 del Decreto 537 de 2020, pues el artículo 11 de este cuerpo normativo dice que su vigencia perdura mientras se mantenga la emergencia sanitaria. Si esta cesa, también pierde vigencia el referido Decreto Legislativo. Ahora bien, esto no significa que las entidades estatales ya no puedan declarar la urgencia manifiesta, pues, como se indicó, el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 no fue derogado y permite decretar dicha medida por los supuestos regulados allí.

**URGENCIA MANIFIESTA – Reglas – Declaratoria – Límites**

Sobre las reglas que deben cumplirse para la declaratoria de urgencia manifiesta y su interpretación restrictiva, conviene recordar lo indicado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el concepto C-333 del 19 de mayo de 2020. En dicha oportunidad se indicó que el elemento común en los eventos de urgencia manifiesta previstos en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 –y esto también puede predicarse de los señalados en el artículo 7 del Decreto 537 de 2020– es que exigen atender la contingencia de manera pronta, mediante la ejecución de obras, la prestación de servicios o el suministro de bienes. Por tanto, lo que permite catalogar un supuesto fáctico como urgente, en forma manifiesta, es que demanda actuaciones del Estado que no dan espera para mantener la regularidad del servicio, e impiden acudir a los procedimientos de selección ordinarios, es decir, a la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación de mínima cuantía.

Cuando se configure alguna de dichas situaciones, el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 exige declarar formalmente la «urgencia manifiesta», «mediante acto administrativo motivado», es decir, a través de una manifestación unilateral de voluntad razonablemente justificada, proferida por el jefe o representante legal de cada entidad –o quien sea el titular de la competencia–, según lo establecido en los artículos 11 y 12 de la misma Ley.

**ADICIÓN – Concepto – Supuestos – Prohibición – 50%**

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 contrato por cualquiera de los dos supuesto 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.

**ADICIÓN – Contenido – Cálculo del monto – Parágrafo artículo 40 – Ley 80 de 1993**

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. Ha de 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.

**ADICIÓN – Límite de valor – Excepción a la regla – Decreto 537 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, los Decretos 440 y 537 de 2020 excepcionan también esta regla. En efecto, la actual emergencia presentada a nivel global a causa del coronavirus exige al Estado colombiano garantizar la salud de todos los habitantes del territorio nacional y disminuir la propagación del virus, atendiendo a la inmediatez con que se debe obrar para conjurar la crisis. Para cumplir tales propósitos, el artículo 8 del Decreto 537 de 2020 establece la posibilidad de adicionar sin limitación al valor los contratos estatales celebrados para gestionar y mitigar la emergencia […].

**CONTRATACIÓN DE URGENCIA – Decreto 537 de 2020 – Emergencia sanitaria – COVID 19**

El artículo 8 del Decreto Legislativo 537 de 2020 permite la adición «sin limitación al valor» de «[…] *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» (cursiva fuera de texto). Por su parte, el segundo inciso de dicho artículo señala que «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 COVID-19, y durante el término que dicho estado esté vigente» (cursiva fuera de texto).

De la redacción de la norma se puede concluir que no solo los contratos que se celebren durante la emergencia sanitaria se pueden adicionar sin limitación al valor, sino además los que se hubieren suscrito antes de la emergencia, pero que sean necesarios para gestionar o mitigar los efectos de esta, siempre que haya una adecuada justificación y se respeten los principios indicados por la Corte Constitucional. Esto se concluye del tenor literal del artículo 8, pues si la adición que este enunciado normativo regula solo rigiera para los contratos perfeccionados en el período de la emergencia sanitaria no tendría sentido que, por un lado, el primer inciso señalara que tal medida se aplica a «todos» los contratos, ni que el segundo inciso aclarara específicamente que *también* rige en relación con «los contratos que se celebren» durante la emergencia sanitaria. Sin embargo, es cada entidad estatal la que debe efectuar el análisis de oportunidad y conveniencia de la situación, para determinar si el contrato guarda una relación de conexidad con la gestión o mitigación de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19, bien sea que se haya celebrado antes o durante esta.

En cuanto a la vigencia de la facultad conferida a las entidades estatales para adicionar, sin limitación a la cuantía, el valor de los contratos relacionados con la gestión y mitigación de la pandemia, el artículo 8 del Decreto Legislativo 537 de 2020 es claro en establecer que dicha medida solo se puede aplicar «Durante la vigencia de la emergencia sanitaria», la cual, hasta el momento, va hasta el hasta el 31 de mayo de 2021, de conformidad con la Resolución 222 de 2021. En consecuencia, expirada la emergencia sanitaria, continúa rigiendo la regla del segundo inciso del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que indica: «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales». Si bien tales contratos se podrían prorrogar si en cada caso existe justificación razonable para hacerlo, con fundamento en el tercer inciso del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, si la ampliación del plazo supone una adición en valor, cuando cese la emergencia sanitaria se deberá respetar el tope anteriormente indicado.

Bogotá D.C., **10/03/2021 13:39:36**

****

Señor

**Andrés Ernesto Díaz Hernández**

Bogotá D.C.

**Concepto C ‒ 063 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA – Emergencia sanitaria – Diferencias / CONTRATACIÓN DE URGENCIA – Decreto 537 de 2020 – Emergencia sanitaria – COVID 19 / URGENCIA MANIFIESTA – Reglas – Declaratoria – Límites / ADICIÓN – Concepto – Supuestos – Prohibición – 50% / ADICIÓN – Contenido – Cálculo del monto – Parágrafo artículo 40 – Ley 80 de 1993 / ADICIÓN – Límite de valor – Excepción a la regla – Decreto 537 de 2020 / CONTRATACIÓN DE URGENCIA – Decreto 537 de 2020 – Emergencia sanitaria – COVID 19 |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210129000739  |

Estimado señor Díaz:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 29 de enero del 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula las siguientes preguntas relacionadas con los artículos 7 y 8 del Decreto Legislativo 537 de 2020, «Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica»:

«[…] ¿establecer si los contratos que sean suscritos con fundamento en el artículo 7º del Decreto 537, están condicionados en cuanto a su vigencia por algún límite temporal que restrinja su plazo máximo de ejecución? (sic)

»[…] En caso de existir dicha limitante, ¿cómo se determinaría entonces el plazo de ejecución, teniendo en cuenta que el artículo mencionado no hace referencia a ningún parámetro de duración máxima de dichos contratos?

»[…] ¿y, si en ese mismo sentido, sería viable al amparo de la norma en comento, suscribir contratos directos que superen la vigencia de la Resolución 2230 de 2020, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, siempre que los mismos estén orientados a prevenir, contener o mitigar los efectos de la Pandemia del coronavirus COVID 19? (sic)

»[…] Determinar si respecto de los contratos vigentes para la fecha de declaratoria de emergencia, y de acuerdo con el inciso primero del artículo 8º, ¿es viable adicionar estos contratos, que no se suscribieron con ocasión de la declaratoria de emergencia, sin límite de valor siempre 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? (sic)

»[…] Establecer si es viable prorrogar, como resultado de la adición presupuestal de que trata el interrogante […] [anterior], los contratos vigentes para la fecha de declaratoria de emergencia, es decir, aquellos que no se suscribieron con ocasión de la declaratoria de emergencia.

»[…] Y en el mismo sentido, definir si dichos contratos pueden ser prorrogados superando la vigencia de la Resolución 2230 de 2020 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, siempre 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».

1. **Consideraciones**

Para responder la consulta, se analizarán los siguientes temas: i) disposiciones expedidas para mitigar los efectos de la pandemia en el marco de la «emergencia económica social y ecológica» y de la «emergencia sanitaria» ocasionadas por el COVID-19, ii) vigencia del Decreto Legislativo 537 de 2020, iii) interpretación del artículo 7 de dicho Decreto, referido a la contratación de urgencia y iv) alcance del artículo 8 del mismo cuerpo normativo, en cuanto a la adición «ilimitada» de los contratos estatales.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre las disposiciones expedidas para mitigar los efectos de la pandemia en el ámbito de la contratación estatal, entre otros, en los conceptos con radicado C-138, C-005, C-006 y C-018 del 11 de mayo de 2020; C-175, C-320, C-053, C-255, C-282, C-293 del 12 de mayo de 2020, C-345 del 13 de mayo de 2020, C-495 del 30 de julio de 2020, C-493 del 31 de julio de 2020 y C-526 del 11 de agosto de 2020. En especial, mediante los conceptos C-305, C-308 y C-318, del 28 de mayo de 2020, C-452 del 28 de julio de 2020, la Agencia analizó el alcance del artículo 8 del Decreto legislativo 537 de 2020. Las ideas expuestas en dichas oportunidades se reiterarán a continuación y se complementarán en lo pertinente.

**2.1. Disposiciones expedidas para mitigar los efectos de la pandemia en el marco de la «emergencia económica social y ecológica» y de la «emergencia sanitaria» ocasionadas por el COVID-19**

El mundo –y particularmente Colombia– atraviesa una situación delicada en materia de salud, causada por la pandemia del virus COVID-19, declarada así por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020[[1]](#footnote-2).

Desde que se conoció la posibilidad de que el virus llegara al país, el gobierno nacional inició un plan de preparación para atender la contingencia. El 6 de marzo se conoció el primer caso de COVID-19 en Colombia; razón por la cual el Ministerio de Salud declaró la terminación de la fase de preparación y activó la fase de contención en el territorio nacional[[2]](#footnote-3). A partir de esa fecha, el Ministerio, y otras autoridades, han expedido un sinnúmero de actos administrativos que establecen directrices para las autoridades y los particulares, orientados a prevenir el contagio o, por lo menos, a disminuir la velocidad y el incremento del brote.

El 17 de marzo de 2020, el presidente de la república decretó el Estado de emergencia económica, social y ecológica mediante el Decreto Legislativo 417 de 2020, con fundamento en el artículo 215 de la Constitución[[3]](#footnote-4). Este primer estado de excepción estuvo vigente por treinta (30) días calendario. Posteriormente se ordenó un segundo estado de emergencia económica, social y ecológica, a través del Decreto Legislativo 637 del 6 de mayo de 2020, el cual rigió por otros treinta (30) días calendario. Esto nos permite concluir que el estado de excepción mencionado tuvo vigencia hasta el 4 de junio de 2020.

Ahora bien, no se puede confundir el *estado de emergencia económica, social y ecológica* que rigió por dos períodos que ya finalizaron en el año 2020, con el *estado de emergencia sanitaria* que aún continúa. En efecto, la emergencia sanitaria –que no es un estado de excepción–, sino una medida administrativa para mitigar y atender una situación sanitaria, fue declarada en la Resolución 385 del 2020, expedida por el Ministerio de Salud, para regir entre el 12 de marzo y el 30 de mayo de 2020 –obsérvese que esta emergencia sanitaria se declaró antes de que se decretara el estado de excepción–. Dicha emergencia sanitaria se ha venido prorrogando mediante la expedición de otros actos administrativos: la Resolución 844 del 2020 la mantuvo vigente hasta el 31 de agosto de 2020, la Resolución 1462 hasta el 30 de noviembre de 2020, la Resolución 2230 de 2020 hasta el 28 de febrero de 2021 y la Resolución 222 de 2021 la prorrogó hasta el 31 de mayo de 2021. Esto quiere decir que actualmente nos encontramos ante un estado de emergencia sanitaria, pero no ante un estado de emergencia económica, social y ecológica. Esta precisión reviste importancia porque en la consulta usted indica que «nos encontramos en Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, declarada mediante DECRETO LEGISLATIVO 417 de 17 de marzo de 2020, Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional; la cual ha sido prorrogada y a la fecha nos encontramos bajo el mismo Estado de Emergencia», afirmación que no es correcta, en virtud de lo explicado.

Adicionalmente, el gobierno nacional, mediante el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, ordenó el «aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del 25 de marzo de 2020 y hasta las cero horas (00:00 a.m.) del 13 de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19». El Decreto 531 del 8 de abril de 2020 prorrogó la medida hasta las cero horas (00:00 a.m.) del 27 de abril. Luego, el Decreto 593 del 24 de abril de 2020 lo hizo hasta las cero horas (00:00 a.m.) del 11 de mayo. Después, el Decreto 636 del 6 de mayo de 2020 lo hizo hasta las cero horas (00:00 a.m.) del 25 de mayo. Con posterioridad, el Decreto 749 del 28 de mayo de 2020 lo ordenó hasta las cero horas (00:00) del día 1 de julio y fue prorrogado hasta el 15 del mismo mes. La medida continuó, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 990 del 9 de julio de 2020 hasta las cero horas (00:00) del día 1 de agosto. El Decreto 1076 del 28 de julio de 2020 prorrogó la medida hasta las cero horas (00:00) del día 1 de septiembre de 2020.

Luego de la fase de aislamiento preventivo obligatorio, el gobierno nacional ordenó la medida de distanciamiento social responsable, mediante el Decreto 1168 del 25 de agosto de 2020, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 1 de septiembre de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 1 de octubre de 2020. Los Decretos 1297 del 29 de septiembre de 2020, 1408 del 30 de octubre de 2020 y 1550 del 2020 prorrogaron la medida hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 16 de enero de 2021. Finalmente, este año se expidió el Decreto 039 del 14 de enero, para regular la fase de aislamiento selectivo y distanciamiento individual responsable hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 1 de marzo de 2021.

Adicionalmente, de las disposiciones que se han expedido durante la pandemia, y que han incidido en la contratación pública, hay que destacar las contenidas en los Decretos 440 del 20 de marzo de 2020 y 537 del 12 de abril de 2020, que adoptaron medidas excepcionales para evitar el aumento de los contagios y permitir que se continúen cumpliendo los fines del Estado social de derecho a través de la actividad contractual. El gobierno nacional también expidió el Decreto 499 del 31 de marzo de 2020, reiterado en el Decreto 544 del 13 de abril de 2020, por los cuales se adoptan medidas en materia de contratación estatal para la adquisición en el mercado internacional de dispositivos médicos y elementos de protección personal. Finalmente, en este recuento normativo conviene hacer referencia al Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, que incluyó algunas disposiciones adicionales relevantes para la contratación estatal. Sin embargo, como la consulta no se relaciona con el contenido de estos decretos, no serán objeto de análisis en esta oportunidad.

**2.2. Vigencia del Decreto Legislativo 537 de 2020**

Como se indicó con anterioridad, uno de los Decretos Legislativos expedidos en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica derivada de la pandemia ocasionada por el COVID-19 fue el 440 del 20 de marzo de 2020. Mediante este Decreto se adoptaron medidas en materia de contratación estatal, con la finalidad de prevenir la propagación de la pandemia. En tal sentido, dicho cuerpo normativo propició el distanciamiento social, permitiendo la realización de audiencias públicas electrónicas o virtuales. La finalidad del gobierno, con esta directriz, fue prevenir el contacto entre los participantes en los procesos de contratación, así como en las actuaciones contractuales sancionatorias, siempre y cuando se respetara el derecho fundamental al debido proceso. Adicionalmente, facultó a las entidades estatales y a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para que adelantaran procedimientos de contratación de forma ágil y expedita, encaminados a conjurar la crisis por el coronavirus COVID-19. Inclusive, se autorizó adicionar, en principio, de forma ilimitada los contratos que contribuyan a atender la pandemia, entre otras medidas.

El Decreto Legislativo 440 de 2020, según lo indicaba su artículo 11, rigió «[…] a partir de la fecha de su publicación» y produjo efectos «[…] durante el estado de emergencia económica, social y ecológica derivada de la Pandemia COVID-19». En consecuencia, dicho Decreto Legislativo perdió vigencia, ya que el estado de excepción no continuó. En su lugar, el gobierno nacional profirió el Decreto Legislativo 537 del 12 de abril de 2020, que, en esencia, conserva el espíritu y las disposiciones normativas del Decreto 440 de 2020, pero consagra en el artículo 11 una vigencia más extensa, que no quedó supeditada al estado de excepción regulado en el artículo 215 de la Constitución Política, sino a la emergencia sanitaria. En efecto, el mencionado artículo estableció que el Decreto 537 de 2020 «[…] rige a partir del 16 de abril de 2020 y estará vigente mientras se mantenga la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19».

Teniendo en cuenta que, como se explicó en el numeral anterior de este concepto, actualmente rige la Resolución 222 de 2021, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, que prorrogó hasta el 31 de mayo de 2021 la emergencia sanitaria, se concluye que el Decreto 537 de 2020 se encuentra vigente. Esto por cuanto su aplicación está supeditada a que se mantenga la emergencia sanitaria. Partiendo de esta precisión sobre la vigencia del referido Decreto Legislativo, analizará a continuación al alcance de sus artículos 7 y 8, debido a que las preguntas formuladas en la consulta tienen que ver con tales disposiciones normativas.

**2.3. Interpretación del artículo 7 del Decreto Legislativo 537 de 2020, referido a la contratación de urgencia durante la emergencia sanitaria. Ausencia de límite temporal expreso**

Dentro de las medidas adoptadas por el Decreto Legislativo 537 de 2020 está la posibilidad que otorga a las entidades estatales para contratar directamente por urgencia manifiesta, que se entiende acreditada en virtud de la declaratoria de la emergencia sanitaria por parte del Ministerio de Salud y de Protección Social. Esta potestad se encuentra prevista en el artículo 7 de dicho Decreto, cuya redacción es la siguiente:

Con ocasión de la declaratoria de estado de Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y de Protección Social y en los términos del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales, para la contratación directa del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia del coronavirus COVID-19, así como para realizar las labores necesarias para optimizar el flujo de los recursos al interior del sistema de salud. Las actuaciones contractuales adelantadas con fundamento en la urgencia manifiesta se regirán por la normatividad vigente.

Las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 podrán contratar de manera directa los bienes y servicios enunciados en el inciso anterior.

Sin embargo, como se observa, el artículo que acaba de transcribirse no permite la contratación directa por la causal de urgencia manifiesta para la adquisición de *cualquier* bien o servicio, sino que circunscribe el ejercicio de tal competencia al «[…] suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia del coronavirus COVID-19, así como para realizar las labores necesarias para optimizar el flujo de los recursos al interior del sistema de salud». Esta aclaración reviste importancia, porque mal podría considerarse que el artículo 7 del Decreto 537 de 2020 autoriza que cualquier circunstancia que suceda mientras dure la pandemia del COVID-19 sea una urgencia manifiesta que habilite la contratación directa o que cualquier bien o servicio requerido tenga cabida dentro de esta circunstancia excepcional.

Tampoco puede entenderse que dicho Decreto Legislativo haya modificado la regulación de la urgencia manifiesta contemplada en los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993. Esta se mantiene incólume, pues incluso el mismo artículo 7 del Decreto 537 de 2020 dice que la contratación se debe efectuar según la normativa sobre urgencia manifiesta que se encuentra vigente. De hecho, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-181 de 2020[[4]](#footnote-5), que declaró exequible el Decreto Legislativo 537 de 2020, indicó lo siguiente:

En particular, en lo que respecta al art. 7, que tiene por comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales, para la contratación directa del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la pandemia del Covid-19, debe resaltarse que los órganos correspondientes conservan todas las competencias dispuestas en el ordenamiento jurídico para controlar las contrataciones realizadas en virtud de esta medida. En otros términos, la disposición bajo estudio no implica, de ninguna manera, una facultad ilimitada y arbitraria.

[…]

La Sala estima necesario precisar que esta medida no exime a las entidades estatales de dar cumplimiento a las demás motivaciones y actuaciones requeridas a fin de cumplir con los deberes de selección objetiva y planeación; los principios de legalidad, transparencia, responsabilidad, entre otros. Por su parte, es claro que los órganos de control conservan plenamente sus competencias para investigar y sancionar las conductas de los servidores públicos que utilicen indebidamente o atenten contra el patrimonio público en el uso de las facultades de contratación de urgencia.

Por consiguiente, el artículo 7 precisa que cuando la *causa* de la contratación sea prevenir, contener y mitigar los efectos del COVID-19 o realizar labores necesarias para optimizar el flujo de los recursos al interior del sistema de salud, se puede contratar directamente durante la emergencia sanitaria, pues en tales casos se entiende que la contratación fue por urgencia manifiesta. Pero en modo alguno la norma bajo análisis torna en ilimitada la potestad para contratar por esta causal.

Sobre las reglas que deben cumplirse para la declaratoria de urgencia manifiesta y su interpretación restrictiva, conviene recordar lo indicado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el concepto C-333 del 19 de mayo de 2020. En dicha oportunidad se indicó que el elemento común en los eventos de urgencia manifiesta previstos en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 –y esto también puede predicarse de los señalados en el artículo 7 del Decreto 537 de 2020– es que exigen atender la contingencia de manera pronta, mediante la ejecución de obras, la prestación de servicios o el suministro de bienes. Por tanto, lo que permite catalogar un supuesto fáctico como urgente, en forma manifiesta, es que demanda actuaciones del Estado que no dan espera para mantener la regularidad del servicio, e impiden acudir a los procedimientos de selección ordinarios, es decir, a la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación de mínima cuantía[[5]](#footnote-6).

Cuando se configure alguna de dichas situaciones, el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 exige declarar formalmente la «urgencia manifiesta», «mediante acto administrativo motivado», es decir, a través de una manifestación unilateral de voluntad razonablemente justificada, proferida por el jefe o representante legal de cada entidad –o quien sea el titular de la competencia–, según lo establecido en los artículos 11 y 12 de la misma Ley.

Adicionalmente, no es necesario realizar estudios previos, como lo dispone el artículo 2.2.1.2.1.4.2. del Decreto 1082 de 2015: «Si la causal de contratación directa es la urgencia manifiesta, el acto administrativo que la declare hará las veces del acto administrativo de justificación, y en este caso la Entidad Estatal no está obligada a elaborar estudios y documentos previos».

Expedido el acto administrativo, la entidad estatal debe realizar todos los trámites internos necesarios para contratar, entre ellos la disposición de los recursos. En tal sentido, el tercer inciso del artículo 42 de la Ley 80 señala que «Con el fin de atender las necesidades y los gastos propios de la urgencia manifiesta, se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente». Este inciso fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-772 de 1998, «[…] bajo el entendimiento de que los traslados presupuestales internos a que se refiere dicha norma, se efectúen afectando exclusivamente el anexo del decreto de liquidación del Presupuesto»[[6]](#footnote-7).

De otro lado, si bien, por regla general, los contratos estatales son solemnes, es decir, para celebrarlos deben constar por escrito –principio que también aplica, en condiciones relativamente normales, a las situaciones de urgencia manifiesta que no revistan tanta gravedad–, hay casos de urgencia manifiesta que por su gravedad no dan tiempo para acordar con precisión el alcance de la obligación principal del contrato y el precio que se pagará al contratista. En tales eventos, de conformidad con los incisos 4 y 5 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, el contrato se puede perfeccionar consensualmente y el precio se puede determinar posteriormente. Así mismo, debe tenerse en cuenta que a la urgencia manifiesta le aplica lo previsto en el artículo 2.2.1.2.1.4.5. del Decreto 1082 de 2015: «En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1. del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigirlas o no debe estar en los estudios y documentos previos».

Declarada la urgencia manifiesta, a través del acto administrativo mencionado anteriormente, y celebrado el contrato correspondiente, se debe cumplir la exigencia del artículo 43 de la Ley 80 de 1993. La finalidad de este procedimiento es que la autoridad que ejerce el control fiscal –la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, o la Auditoría General de la República, según el caso– revise si son ciertas las razones aducidas por el representante legal de la entidad para declarar la urgencia manifiesta, si tales motivos son constitutivos de urgencia y si la gestión presupuestal adoptada fue la indicada.

Finalmente, en relación con el artículo 7 del Decreto 537 de 2020, debe agregarse que dicha norma habilita la contratación directa durante la *emergencia sanitaria* declarada por el Ministerio de Salud y de Protección Social. Dicha medida se encuentra vigente, por ahora, hasta el 31 de mayo de 2021, de conformidad con la Resolución 222 de 2021. Si la emergencia sanitaria no se prorroga, sino que, por el contrario, finaliza, las entidades estatales no pueden contratar directamente fundamentándose en las circunstancias de urgencia manifiesta previstas en el artículo 7 del Decreto 537 de 2020, pues el artículo 11 de este cuerpo normativo dice que su vigencia perdura mientras se mantenga la emergencia sanitaria. Si esta cesa, también pierde vigencia el referido Decreto Legislativo. Ahora bien, esto no significa que las entidades estatales ya no puedan declarar la urgencia manifiesta, pues, como se indicó, el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 no fue derogado y permite decretar dicha medida por los supuestos regulados allí.

Tampoco se deduce de lo dicho que los contratos estatales celebrados directamente con fundamento en el artículo 7 del Decreto Legislativo 537 de 2020 deben tener un plazo de ejecución que no supere el período de emergencia sanitaria, que actualmente va hasta el 31 de mayo de 2021, salvo que sea prorrogada. Esta regla no se encuentra en el mencionado artículo 7, ni en otra de las disposiciones de dicho Decreto Legislativo. Si bien las entidades estatales deben estipular plazos razonables, que permitan la ejecución satisfactoria del objeto contractual, respetando las reglas presupuestales vigentes, esta Agencia no encuentra que el plazo de los contratos celebrados al amparo del artículo 7 del Decreto 537 de 2020 esté necesariamente ligado a la vigencia de la emergencia sanitaria. Incluso este plazo podría ser prorrogado, si existe justificación razonable y que pueda evidenciarse, garantizando los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, pues el tercer inciso del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece que «En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración».

**2.4. Alcance del artículo 8 del Decreto Legislativo 537 de 2020, en cuanto a la adición «ilimitada» de los contratos estatales**

Antes de abordar el contenido del artículo 8 del Decreto 537 de 2020, es importante recordar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos con radicado No. 4201912000007298 de 23 de octubre de 2019, 4201913000006294 del 16 de septiembre de 2019, C–062 del 25 de marzo de 2020 y C–100 del 27 de marzo de 2020 estudió asuntos relacionados con la adición de los contratos estatales. Entre otros aspectos, en dichas oportunidades se analizó el tope hasta el cual se pueden adicionar, en principio, los contratos estatales, por lo que se reiteran inicialmente dichas consideraciones.

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.

Lo anterior teniendo en cuenta que 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». Sin embargo, 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[[7]](#footnote-8).

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. Ha de 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 vez 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.

Antes de la expedición del Decreto 440 de 2020 –que reprodujo el Decreto 537 de 2020–, solo existía una posibilidad para adicionar contratos en más del 50% y era la contenida en el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011, para los contratos de interventoría que, por su naturaleza de seguimiento técnico, deben someterse al plazo en que haya sido prorrogado el contrato objeto de vigilancia. 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 también esta regla. En efecto, la actual emergencia presentada a nivel global a causa del coronavirus exige al Estado colombiano garantizar la salud de todos los habitantes del territorio nacional y disminuir la propagación del virus, atendiendo a la inmediatez con que se debe obrar para conjurar la crisis. Para cumplir tales propósitos, el artículo 8 del Decreto 537 de 2020 establece la posibilidad de adicionar sin limitación al valor los contratos estatales celebrados para gestionar y mitigar la emergencia, en los siguientes términos:

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.

Como puede verse, el artículo 8 del Decreto Ley 537 del 2020 permite adicionar, sin límite de valor, los contratos relacionados con bienes, obras o servicios destinados a gestionar y mitigar la pandemia. En esta medida, impone a las entidades estatales 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 efectuada en virtud de la norma mencionada, pues las entidades públicas deben observar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal. Además, deben constatar la naturaleza de los bienes, obras o servicios, de manera que esto les permita saber si en realidad están destinados a mitigar los efectos de la pandemia originada por el COVID-19. En esta línea, la Corte Constitucional, en la sentencia C-181 de 2020, que declaró exequible dicho artículo, indicó:

[…], a partir de su contexto normativo y su finalidad, la Sala advierte lo siguiente: (i) la adición/modificación debe tener conexidad directa con el objeto previsto en contrato principal; (ii) en todos los casos, la adición debe surtir todas las formalidades requeridas por la ley para estos efectos (motivación de la necesidad, disponibilidad presupuestal, formalidad escrita); y (iii) la habilitación impartida sobre los contratos que se celebren durante el término de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Covid-19, versa solamente sobre aquellos contratos suscritos que contribuirán a una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia. En este contexto, para la Corte, la excepción al monto máximo de las adiciones destinadas a contener la pandemia y mitigar la extensión de sus efectos, es razonable debido a la naturaleza y dimensiones de la crisis, por lo encuentra que la medida adoptada es proporcionada.

Ahora bien, el artículo 8 del Decreto Legislativo 537 de 2020 permite la adición «sin limitación al valor» de «[…] *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» (cursiva fuera de texto). Por su parte, el segundo inciso de dicho artículo señala que «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 COVID-19, y durante el término que dicho estado esté vigente» (cursiva fuera de texto).

De la redacción de la norma se puede concluir que no solo los contratos que se celebren durante la emergencia sanitaria se pueden adicionar sin limitación al valor, sino además los que se hubieren suscrito antes de la emergencia, pero que sean necesarios para gestionar o mitigar los efectos de esta, siempre que haya una adecuada justificación y se respeten los principios indicados por la Corte Constitucional. Esto se concluye del tenor literal del artículo 8, pues si la adición que este enunciado normativo regula solo rigiera para los contratos perfeccionados en el período de la emergencia sanitaria no tendría sentido que, por un lado, el primer inciso señalara que tal medida se aplica a «todos» los contratos, ni que el segundo inciso aclarara específicamente que *también* rige en relación con «los contratos que se celebren» durante la emergencia sanitaria. Sin embargo, es cada entidad estatal la que debe efectuar el análisis de oportunidad y conveniencia de la situación, para determinar si el contrato guarda una relación de conexidad con la gestión o mitigación de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19, bien sea que se haya celebrado antes o durante esta.

Finalmente, en cuanto a la vigencia de la facultad conferida a las entidades estatales para adicionar, sin limitación a la cuantía, el valor de los contratos relacionados con la gestión y mitigación de la pandemia, el artículo 8 del Decreto Legislativo 537 de 2020 es claro en establecer que dicha medida solo se puede aplicar «Durante la vigencia de la emergencia sanitaria», la cual, hasta el momento, va hasta el hasta el 31 de mayo de 2021, de conformidad con la Resolución 222 de 2021. En consecuencia, expirada la emergencia sanitaria, continúa rigiendo la regla del segundo inciso del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que indica: «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales».

**3. Respuesta**

«[…] ¿establecer si los contratos que sean suscritos con fundamento en el artículo 7º del Decreto 537, están condicionados en cuanto a su vigencia por algún límite temporal que restrinja su plazo máximo de ejecución? (sic)

»[…] En caso de existir dicha limitante, ¿cómo se determinaría entonces el plazo de ejecución, teniendo en cuenta que el artículo mencionado no hace referencia a ningún parámetro de duración máxima de dichos contratos?

»[…] ¿y, si en ese mismo sentido, sería viable al amparo de la norma en comento, suscribir contratos directos que superen la vigencia de la Resolución 2230 de 2020, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, siempre que los mismos estén orientados a prevenir, contener o mitigar los efectos de la Pandemia del coronavirus COVID 19? (sic)

En relación con el artículo 7 del Decreto 537 de 2020, debe aclararse que dicha norma habilita la contratación por urgencia durante la *emergencia sanitaria* declarada por el Ministerio de Salud y de Protección Social. Dicha medida se encuentra vigente, por ahora, hasta el 31 de mayo de 2021, de conformidad con la Resolución 222 de 2021. Si la emergencia sanitaria no se prorroga, sino que, por el contrario, finaliza, las entidades estatales no pueden contratar directamente fundamentándose en las circunstancias de urgencia manifiesta previstas en el artículo 7 del Decreto 537 de 2020, pues el artículo 11 de este cuerpo normativo dice que su vigencia perdura mientras se mantenga la emergencia sanitaria. Si esta cesa, también pierde vigencia el referido Decreto Legislativo. Ahora bien, esto no significa que las entidades estatales ya no puedan declarar la urgencia manifiesta, pues como se indicó, el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 no fue derogado y permite decretar dicha medida por los supuestos regulados allí.

Tampoco se deduce de lo dicho que los contratos estatales celebrados directamente con fundamento en el artículo 7 del Decreto Legislativo 537 de 2020 deben tener un plazo de ejecución que no supere el período de emergencia sanitaria, que actualmente va hasta el 31 de mayo de 2021, salvo que sea prorrogada. Esta regla no se encuentra en el mencionado artículo 7, ni en otra de las disposiciones de dicho Decreto Legislativo. Si bien las entidades estatales deben estipular plazos razonables, que permitan la ejecución satisfactoria del objeto contractual, respetando las reglas presupuestales vigentes, esta Agencia no encuentra que el plazo de los contratos celebrados al amparo del artículo 7 del Decreto 537 de 2020 esté necesariamente ligado a la vigencia de la emergencia sanitaria. Incluso este plazo podría ser prorrogado, si existe justificación razonable y que pueda evidenciarse, garantizando los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, pues el tercer inciso del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece que «En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración».

En todo caso, es cada entidad pública la que debe examinar la situación concreta y determinar si la estipulación del plazo o una eventual prórroga garantiza los principios de la contratación estatal.

»[…] Determinar si respecto de los contratos vigentes para la fecha de declaratoria de emergencia, y de acuerdo con el inciso primero del artículo 8º, ¿es viable adicionar estos contratos, que no se suscribieron con ocasión de la declaratoria de emergencia, sin límite de valor siempre 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? (sic)

»[…] Establecer si es viable prorrogar, como resultado de la adición presupuestal de que trata el interrogante […] [anterior], los contratos vigentes para la fecha de declaratoria de emergencia, es decir, aquellos que no se suscribieron con ocasión de la declaratoria de emergencia.

»[…] Y en el mismo sentido, definir si dichos contratos pueden ser prorrogados superando la vigencia de la Resolución 2230 de 2020 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, siempre 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».

El artículo 8 del Decreto Legislativo 537 de 2020 permite la adición «sin limitación al valor» de «[…] *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» (cursiva fuera de texto). Por su parte, el segundo inciso de dicho artículo señala que «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 COVID-19, y durante el término que dicho estado esté vigente» (cursiva fuera de texto).

De la redacción de la norma se puede concluir que no solo los contratos que se celebren durante la emergencia sanitaria se pueden adicionar sin limitación al valor, sino además los que se hubieren suscrito antes de la emergencia, pero que sean necesarios para gestionar o mitigar los efectos de esta, siempre que haya una adecuada justificación y se respeten los principios indicados por la Corte Constitucional. Esto se concluye del tenor literal del artículo 8, pues si la adición que este enunciado normativo regula solo rigiera para los contratos perfeccionados en el período de la emergencia sanitaria no tendría sentido que, por un lado, el primer inciso señalara que tal medida se aplica a «todos» los contratos, ni que el segundo inciso aclarara específicamente que *también* rige en relación con «los contratos que se celebren» durante la emergencia sanitaria. Sin embargo, es cada entidad estatal la que debe efectuar el análisis de oportunidad y conveniencia de la situación, para determinar si el contrato guarda una relación de conexidad con la gestión o mitigación de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19, bien sea que se haya celebrado antes o durante esta.

En cuanto a la vigencia de la facultad conferida a las entidades estatales para adicionar, sin limitación a la cuantía, el valor de los contratos relacionados con la gestión y mitigación de la pandemia, el artículo 8 del Decreto Legislativo 537 de 2020 es claro en establecer que dicha medida solo se puede aplicar «Durante la vigencia de la emergencia sanitaria», la cual, hasta el momento, va hasta el hasta el 31 de mayo de 2021, de conformidad con la Resolución 222 de 2021. En consecuencia, expirada la emergencia sanitaria, continúa rigiendo la regla del segundo inciso del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que indica: «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales». Si bien tales contratos se podrían prorrogar si en cada caso existe justificación razonable para hacerlo, con fundamento en el tercer inciso del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, si la ampliación del plazo supone una adición en valor, cuando cese la emergencia sanitaria se deberá respetar el tope anteriormente indicado.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |

1. En sitio web: https://www.who.int/es/news-room/detail/16-03-2020-icc-who-joint-statement-an-unprecedented-private-sector-call-to-action-to-tackle-covid-19. [↑](#footnote-ref-2)
2. En sitio web: https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Colombia-confirma-su-primer-caso-de-COVID-19.aspx. [↑](#footnote-ref-3)
3. Artículo 215: «Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

[…]». [↑](#footnote-ref-4)
4. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo. [↑](#footnote-ref-5)
5. En resumen, la jurisprudencia explica que la urgencia manifiesta procede: «[...] en aquellos eventos en los cuales puede suscitarse la necesidad de remediar o evitar males presentes o futuros pero inminentes, provocados bien sea en virtud de los estados de excepción, o por la paralización de los servicios públicos, o provenientes de situaciones de calamidad o hechos constitutivos de fuerza mayor o desastres, o cualquier otra circunstancia similar que tampoco dé espera en su solución, de tal manera que resulte inconveniente el trámite del proceso licitatorio de selección de contratistas reglado en el estatuto contractual, por cuanto implica el agotamiento de una serie de etapas que se toman su tiempo y hacen más o menos largo el lapso para adjudicar el respectivo contrato, circunstancia que, frente a una situación de urgencia obviamente resulta entorpecedora, porque la solución en estas condiciones, puede llegar tardíamente, cuando ya se haya producido o agravado el daño» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2006. Rad. 5.229. C.P. Ramiro Saavedra Becerra). [↑](#footnote-ref-6)
6. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-772 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz. [↑](#footnote-ref-7)
7. 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-8)