CCE-DES-FM-17

**ADICIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES – Limites de valor – Parágrafo del artículo 40 – Ley 80 de 1993**

[…] 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 necesidad de interés colectivo que pretende satisfacer. Frente a la eventual necesidad de realizar adiciones al contrato, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece el siguiente límite: «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales».

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.

**CONTRATO O CONVENIO INTERADMINISTRATIVO – Concepto – Régimen jurídico aplicable**

De acuerdo con las consideraciones expuestas, debe precisarse que independientemente del régimen de contratación, lo que define los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. En ese sentido, comoquiera que los convenios interadministrativos son considerados contratos estatales, siempre que sean celebrados por entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, les resultará aplicable la restricción establecida en el inciso segundo del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Esto comoquiera que la modalidad de convenio o contrato interadministrativo no se encuentra exceptuada de la aplicación de dichas disposiciones, razón por la que las entidades sometidas a dicho estatuto, al realizar adiciones a los convenios deberán regirse por el inciso segundo del parágrafo del artículo 40, por lo que solo podrán realizar adiciones hasta por el 50% del valor inicial del contrato.

**ADICIÓN DE CONTRATOS ESTATALES – Límite de valor – Excepción a la regla – Decreto 537 de 2020**

[…] el artículo 8 del Decreto Legislativo 537 de 2020 es claro en establecer que 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, solo se puede aplicar «Durante la vigencia de la emergencia sanitaria», la cual, por ahora, se extiende hasta el 30 de julio de 2022, de conformidad con la Resolución 666 del 28 de abril de 2022. 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». Finalmente, se reitera que la posibilidad de adicionar los contratos sin límite de valor, según lo establecido en el artículo 8 del Decreto Legislativo 537 de 2020 –que modifica temporalmente el artículo 40 de la Ley 80 de 1993–, aplica únicamente para aquellos contratos relacionados con la gestión y mitigación de la pandemia. Por lo anterior, las entidades estatales deben justificar la conexidad que existe entre el objeto a adicionar y la situación de emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19.

**CCE-DES-FM-17**

Interfaz de usuario gráfica, Texto

Descripción generada automáticamente

Bogotá, D.C. 05 Mayo de 2022

Señor

**Eugenio Castilla**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 267 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | ADICIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES – Limites de valor – Parágrafo del artículo 40 – Ley 80 de 1993 / CONTRATO O CONVENIO INTERADMINISTRATIVO – Concepto – Régimen jurídico aplicable / ADICIÓN DE CONTRATOS ESTATALES – Límite de valor – Excepción a la regla – Decreto 537 de 2020 |
| **Radicación:** | Respuesta a la consulta No. P20220323002836 |

Estimado señor Castilla:

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 23 de marzo de 2022.

1. **Problema planteado**

Con respecto a la aplicación del artículo 8 del Decreto 537 de 2020 usted pregunta lo siguiente:

«¿Legalmente es permitido adicionar más del cincuenta por ciento (50%) de un convenio interadministrativo, dado que su régimen es diferente al de los contratos estatales? o si no es posible, es posible adicionar un convenio interadministrativo con mas del cincuenta por ciento (50%) con base en lo previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo 537 de 2020?».

1. **Consideraciones**

Antes de emitir pronunciamiento sobre la consulta planteada, resulta relevante precisar que, en ejercicio de las competencias conferidas por el numeral quinto del artículo tercero y el numeral octavo del artículo 11 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente solo se encuentra facultada para absolver consultas de carácter general sobre la aplicación de normas relativas a temas contractuales.

Por ello, esta Agencia no está facultada para resolver casos concretos, ni pronunciarse sobre la legalidad o no de las actuaciones de las autoridades administrativas, cuya resolución supone la evaluación de una situación jurídica particular. De acuerdo con lo anterior y agotando las funciones consultivas otorgadas a esta entidad, se procederá a emitir pronunciamiento respecto de las normas generales que resultan pertinentes para su solicitud, con el alcance establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Para absolver el interrogante formulado, se analizarán los siguientes temas: i) concepto y régimen jurídico aplicable de los contratos o convenios interadministrativos, ii) la declaratoria de la emergencia sanitaria para atender los efectos de la pandemia generada por el COVID-19; iii) vigencia del Decreto Legislativo 537 de 2020 y, iv) alcance del artículo 8 del Decreto Legislativo 537 de 2020, en cuanto a la adición «ilimitada» de los contratos estatales.

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, C–100 del 27 de marzo de 2020, C–063 del 10 de marzo de 2021, C-073 del 16 de marzo de 2021 y C-625 del 22 de noviembre de 2021, estudió temas relacionados con la adición de los contratos estatales. También por medio de los conceptos No. 4201913000004536 del 27 de julio de 2019, C−023 del 3 de febrero de 2020, C−702 del 11 de diciembre de 2020, C-097 de 23 de marzo de 202, C-350 del 16 de julio de 2021, C-352 del 27 de julio de 2021, C-508 del 20 de septiembre de 2021, entre otros, analizó las figuras del contrato y el convenio interadministrativo. Por otra parte, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, mediante los conceptos C-305 del 28 de mayo de 2020, C-308 del 28 de mayo de 2020, C-318, del 28 de mayo de 2020, C-452 del 28 de julio de 2020, C–063 del 10 de marzo de 2021 y C-281 del 10 de junio de 2021 sobre el alcance del artículo 8 del Decreto legislativo 537 de 2020. Las tesis expuestas en estos conceptos se reiterarán a continuación y complementan en lo pertinente:

* 1. **Contratos o convenios interadministrativos. Concepto y régimen jurídico aplicable**

Los procedimientos contractuales mediante los cuales las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ejecutan recursos públicos y satisfacen el interés general se rigen por dicha normativa, que contienen los principios, reglas y procedimientos que regulan los contratos de las entidades estatales[[1]](#footnote-1).

Los procedimientos de contratación se estructuran a partir de las modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007, y al revisar las normas citadas se observa que contienen los procedimientos para adelantarlas y las reglas de cada modalidad: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía[[2]](#footnote-2).

Sobre la tipología del contrato o convenio interadministrativo, conviene señalar que, aunque la Ley 80 de 1993 no lo definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional», los califica como aquella contratación entre entidades estatales[[3]](#footnote-3). En este contexto, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales con competencia para celebrar contratos.

Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales a las que se les aplique el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En efecto, una entidad estatal que debe aplicar la Ley 80 de 1993 bien puede celebrar esta clase de convenios con otra de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo. Caso en el cual su ejecución se regirá por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, si la entidad contratante se encuentra sometida a este.

El contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. En efecto, la Ley 1150 de 2007 establece que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones legales, deba adelantarse un procedimiento con pluralidad de oferentes. Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

Así las cosas, atendiendo a la literalidad de las normas enunciadas, no cabe una interpretación diferente, pues, de acuerdo con lo anotado, esta clase de acuerdos de voluntades se define por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurran personas de derecho público con competencia para celebrar contratos. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo y sus características, que:

[…] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes:

(i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales[[4]](#footnote-4).

En ese sentido, los convenios interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen y por la modalidad de selección que la ley permite aplicar para su celebración, ya que comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece la contratación directa como la modalidad de selección aplicable, por regla general, a la celebración de los contratos interadministrativos.

Así las cosas, la ley no limitó la celebración de contratos interadministrativos a la modalidad de selección de contratación directa, pues solo estableció, excepcionalmente, su celebración de manera directa cuando dos o más entidades del Estado, con el fin de materializar funciones administrativas de interés común para ambas partes, celebran un negocio jurídico. No obstante, es posible que se celebren contratos interadministrativos en el marco de un proceso donde sea posible la participación de los interesados en ofertar, es decir, a través de las otras modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 diferentes a la de contratación directa, pues, como se indicó, la existencia de un contrato interadministrativo no está determinada por la modalidad de selección sino, entre otras cosas, de la calidad de las partes que lo suscriben, es decir, debe tratarse de entidades estatales.

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio interadministrativo exista, debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y que se eleve a escrito. Por otra parte, si bien actualmente el EGCAP hace referencia de manera expresa al contrato interadministrativo o en términos generales a los interadministrativos y no al convenio, no por esto puede concluirse que se trate de figuras totalmente diferentes, pues las entidades del Estado, en el marco de la Ley 80 de 1993, pueden acordar entre sí diferentes tipos de obligaciones, siempre que su objeto de creación les permita cumplirlas, con el objetivo común de materializar los fines del Estado. Por este motivo, cuando la Ley 80 de 1993 se refiere a contratos interadministrativos de la misma forma lo hace frente a los convenios, entre otras razones, porque este cuerpo normativo faculta a las entidades públicas a celebrar los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

Es bueno destacar que el Decreto 1082 de 2015 dispone que los convenios o contratos interadministrativos, así denominados en su artículo 2.2.1.2.1.4.4, se contratan directamente, por lo que no hay lugar a dudas que representan lo mismo en la medida en que concurran entidades estatales en el acuerdo de voluntades. De este modo, es posible concluir que en la contratación estatal no existen mayores diferencias entre convenio y contrato y, dando aplicación al derecho privado y a la definición contenida en el Código Civil, puede afirmarse que se trata de figuras equivalentes.

Por tanto, aunque el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 dispone que «Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos […]», esto no significa que dichos acuerdos estén exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por no tener carácter contractual. Por ello, la jurisprudencia considera que «Estos convenios cuentan con las características propias de los contratos, cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales, y las entidades estatales que los conforman están sujetas tanto a la normativa contractual pública, como a las normas del derecho civil […]»[[5]](#footnote-5).

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena tener en cuenta que cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia han establecido algunas diferencias o caracterización de los contratos interadministrativos frente a los convenios interadministrativos de que trata el artículo 95 de la Ley 489 de 1998. Por ejemplo, el Consejo de Estado en sentencia del 14 de junio de 2019 expresó:

La Sala de Consulta y Servicio Civil[[6]](#footnote-6) de esta Corporación se ha referido a los *“convenios interadministrativos”* a los cuales alude el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, calificándolos de *“puros”* y entendiendo que estos, además de perseguir la finalidad de cooperación antes indicada, no implican intereses contrapuestos ni tampoco se circunscriben a un *“intercambio patrimonial”*. Sin perjuicio de lo anterior, en otra oportunidad, la misma Sala[[7]](#footnote-7) había indicado que, si bien en dichos convenios no se daba un *“verdadero intercambio de bienes o servicios (contrato conmutativo)”*, ello no impedía que se conviniera una remuneración a cargo de alguna(s) entidad(es).

Lo expuesto evidencia que, en general, las interpretaciones en torno a los *“convenios interadministrativos”* previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en el propósito de encasillarlos dentro de una categoría normativa delimitada en su estructura, elementos y régimen jurídico, han sido dubitativas al vincular o no las obligaciones propias de dichos convenios con las de los contratos estatales sometidos al EGCAP, las cuales tienen por objeto prestaciones patrimoniales[[8]](#footnote-8) [[9]](#footnote-9).

En todo caso, vale la pena reiterar que el legislador y el ordenamiento jurídico, en general, en distintas ocasiones utiliza de forma indistinta los conceptos de contrato o convenio para referirse a la misma institución jurídica[[10]](#footnote-10). Incluso vale la pena tener en cuenta como la Corte Constitucional fundamenta la posibilidad de celebrar convenios interadministrativos de forma directa, con fundamento en la causal establecida en la Ley 1150 de 2007 respecto a los contratos interadministrativos[[11]](#footnote-11).

En ese sentido, una de las disposiciones que debe considerarse en la celebración de estos convenios es el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 alusiva al contenido del contrato, así como el parágrafo del artículo *ibidem*. Esto comoquiera que la modalidad de convenio o contrato interadministrativo no se encuentra exceptuada de la aplicación de dichas disposiciones, razón por la que las entidades sometidas a dicho estatuto, al realizar adiciones a los convenios deberán regirse por el inciso segundo del parágrafo del artículo 40, por lo que solo podrán realizar adiciones hasta por el 50% del valor inicial del contrato.

**2.2. Declaratoria de la emergencia sanitaria para atender los efectos de la pandemia generada por el COVID-19**

Colombia al igual que numerosos países del mundo afronta actualmente la compleja situación de salud pública presentada por causa de la pandemia del COVID -19, declarada así por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020 principalmente por la rápida velocidad de propagación del virus. Dicho organismo señaló que esta es una emergencia sanitaria y social mundial que requiere una acción efectiva e inmediata de los gobiernos, las personas y las empresas, e instó a los Estados a tomar acciones urgentes, frente a la identificación, confirmación, 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.

En consecuencia las autoridades gubernamentales, han expedido un importante numero de actos administrativos estableciendo directrices orientadas a la prevención del virus y a la disminucion de la velocidad su contagio.

Fue así como el Gobierno Nacional en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio colombiano mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 y estableció varias disposiciones destinadas a la prevención y contención del riesgo epidemiológico asociado con el COVID-19. Esta medida, en principio, tendría lugar hasta hasta el 30 de mayo de 2020, pero podía ser prorrogada de ser necesario.

Teniendo en cuenta que las circunstancias causadas por la pandemia se han mantenido en el tiempo, la emergencia sanitaria se ha venido prorrogando ininterrumpidamente mediante la expedición de los siguientes actos administrativos: i) la Resolución 844 del 26 de mayo de 2020 prorrogó la vigencia hasta el 31 de agosto de 2020; ii) la Resolución 1462 del 25 de agosto de 2020 prorrogó la vigencia hasta el 30 de noviembre de 2020; iii) la Resolución 2230 del 27 de noviembre de 2020 prrorrogó la vigencia hasta el 28 de febrero de 2021; iv) la Resolución 222 del 25 de febrero de 2021 la prorrogó hasta el 31 de mayo de 2021; v) la Resolución 738 del 26 de mayo de 2021, mediante la cual se extendió la emergencia sanitaria hasta el 31 de agosto de 2021; vi) la Resolución 1315 del 27 de agosto de 2021, que prorrogó vigencia hasta el 30 de noviembre de 2021; vii) la Resolución 1913 del 25 de noviembre de 2021 prorrogó vigencia hasta el 28 de febrero de 2022, viii) la Resolución 304 del 23 de febrero de 2022 prorrogó la emergencia sanitaria hasta el 30 de abril de 2022 y ix) la Resolución 666 del 28 de abril de 2022 que prorrogó la emergencia sanitaria hasta el 30 de junio de 2022. En consecuencia, actualmente el estado de emergencia sanitaria se mantiene vigente, sin perjuicio de que se prorrogue nuevamente por disposición del Gobierno Nacional.

De manera posterior a la expedición de la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, 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 con la firma de todos los ministros quedó autorizado para dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos[[12]](#footnote-12). 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. Por lo tanto, el estado de excepción mencionado tuvo vigencia hasta el 4 de junio de 2020.

Adicionalmente, de las disposiciones que se han expedido durante la pandemia, y que han incidido en la contratación pública, se deben 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.

**2.3. 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 666 del 28 de abril de 2022, mediante la cual se extendió la emergencia sanitaria hasta el 30 de julio de 2022, por lo que se concluye que el Decreto 537 de 2020 se encuentra vigente, pues su aplicación está supeditada a que se mantenga la emergencia sanitaria. Partiendo de esta precisión sobre la vigencia del referido Decreto Legislativo, a continuación se analizará al alcance del artículo 8, debido a que la pregunta formulada en la consulta tiene que ver con dicha disposición.

**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, C–100 del 27 de marzo de 2020, C–063 del 10 de marzo de 2021 y C-625 del 22 de noviembre de 2021, 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 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[[13]](#footnote-13).

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, por ahora, se extiende hasta el 30 de julio de 2022, de conformidad con la Resolución 666 del 28 de abril de 2022. 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».

1. **Respuesta**

«¿Legalmente es permitido adicionar más del cincuenta por ciento (50%) de un convenio interadministrativo, dado que su régimen es diferente al de los contratos estatales? o si no es posible, es posible adicionar un convenio interadministrativo con mas del cincuenta por ciento (50%) con base en lo previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo 537 de 2020?».

De acuerdo con las consideraciones expuestas, debe precisarse que independientemente del régimen de contratación, lo que define los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. De esta manera, comoquiera que los convenios interadministrativos son considerados contratos estatales, siempre que sean celebrados por alguna de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, les resultará aplicable la restricción establecida en el inciso segundo del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Esto comoquiera que la modalidad de convenio o contrato interadministrativo no se encuentra exceptuada de la aplicación de dichas disposiciones, razón por la que las entidades sometidas a dicho estatuto, al realizar adiciones a los convenios deberán regirse por el inciso segundo del parágrafo del artículo 40, por lo que solo podrán realizar adiciones hasta por el 50% del valor inicial del contrato.

Por otra parte,el artículo 8 del Decreto Legislativo 537 de 2020 es claro en establecer que 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, solo se puede aplicar «Durante la vigencia de la emergencia sanitaria», la cual, por ahora, se extiende hasta el 30 de julio de 2022, de conformidad con la Resolución 666 del 28 de abril de 2022.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». Finalmente, se reitera que la posibilidad de adicionar los contratos sin límite de valor, según lo establecido en el artículo 8 del Decreto Legislativo 537 de 2020 –que modifica temporalmente el artículo 40 de la Ley 80 de 1993–, aplica únicamente para aquellos contratos relacionados con la gestión y mitigación de la pandemia. Por lo anterior, las entidades estatales deben justificar la conexidad que existe entre el objeto a adicionar y la situación de emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Laura Alejandra Materón García  Analista T2 – 01 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual |

1. Ley 80 de 1993: «Artículo 2. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

   »1. Se denominan entidades estatales:

   »a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

   »b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos». [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa [...]». [↑](#footnote-ref-2)
3. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

   »Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales». [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Exp. 46.986. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-5)
6. [Referencia propia de la cita] «CE. SCSC. Concepto de 1 de noviembre de 2016 [Rad. 11001-03-06-000-2016-00125-00(2305)]. MP. Germán Alberto Bula Escobar». [↑](#footnote-ref-6)
7. [Referencia propia de la cita] «CE. SCSC. Concepto de 30 de abril de 2008 [Rad. 11001-03-06-000-2008-00013-00(1881)]. MP. Enrique José Arboleda Perdomo. En esta oportunidad, la Sala indicó que el contenido *“obligacional”* de los convenios se estructura definiendo el resultado querido por las partes y los medios que cada entidad despliega para la obtención del respectivo objeto». [↑](#footnote-ref-7)
8. [Referencia propia de la cita] «La normativa vigente del EGCAP *[literal c) del numeral 4. del artículo 2 de la Ley 1150/07]* se refiere a *“contratos interadministrativos”* en los que sí existe dicha contraposición de intereses, lo cual obedece a que las relaciones obligatorias que estos plantean, a diferencia de los regulados por el artículo 95 de la Ley 489/98, carecen de la finalidad asociativa, en la medida en que persiguen preponderantemente la satisfacción de necesidades contractuales de las entidades estatales, sin perjuicio de los fines que motivan la contratación en los términos del artículo 3 de la Ley 80/93». [↑](#footnote-ref-8)
9. En línea con lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó lo siguiente: «La noción convenio interadministrativo es diferente a la de contrato interadministrativo. Los contratos interadministrativos se distinguen de los convenios interadministrativos en que en los primeros existe entre las entidades estatales partes intereses opuestos y se persigue una contraprestación o precio por la adquisición de bienes o la prestación de servicios o la realización de una obra, mientras que en los segundos las entidades partes se encuentran en pie de igualdad, tienen intereses comunes para lograr una finalidad estatal impuesta por la Constitución o la ley a las mismas, sin que tengan un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia)». (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. M.P. Álvaro Namén Vargas). [↑](#footnote-ref-9)
10. Es lo que sucede, por ejemplo, con el Decreto 092 de 2017, que en su desarrollo hace referencia tanto a los «contratos» como a los «convenios». [↑](#footnote-ref-10)
11. A pesar de que la norma se refiere únicamente a los contratos interadministrativos, esto no implica que la excepción a la licitación pública sólo se aplique a éstos y no a los convenios interadministrativos, puesto que ello conduciría a una interpretación irrazonable según la cual esta modalidad contractual, cuyo objeto y finalidad sólo interesa a la administración, deba ser celebrado siguiendo el procedimiento de selección objetiva y en la cual únicamente será proponente aquélla. En tal sentido, la causal de contratación directa es aplicable a los convenios y a los contratos interadministrativos». (Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos). [↑](#footnote-ref-11)
12. 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-12)
13. 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-13)