**DECLARATORIA DE CALAMIDAD PÚBLICA – Suscripción de contratos – Régimen aplicable**

El legislador contempló que para poder solucionar los riesgos generados por las situaciones que dieron lugar a la declaratoria de calamidad o desastre, se debían incorporar mecanismos que permitieran mayor eficacia y gestión que no podría garantizarse con la aplicación de las normas que rigen la contratación estatal, para ello estableció que en los contratos se debían aplicar la normas que rigen los negocios jurídicos entre particulares.

En el ordenamiento jurídico se contempló que para algunas actividades y situaciones especiales de las entidades públicas sus contratos no se someterían al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, caso en el cual su régimen de contratación corresponde al derecho privado.

El régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados con ocasión de la declaratoria de calamidad pública, previstos en la Ley 1523 de 2012, serán las normas civiles y comerciales; las estipulaciones que se encuentren en el manual de contratación de la entidad; por los artículos 42 y 43 de la Ley 80; y por los principios constitucionales de la funciona administrativa y la gestión fiscal.

**CONTRATOS DERIVADOS DE CALAMIDAD PÚBLICA – Adición de los contratos**

Como la Ley 1523 de 2012 no estableció un límite para la adición, ni remitió a la aplicación del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, aplican las reglas previstas en el manual de contratación de la entidad, y si no establece ningún límite la entidad puede adicionar el contrato en el porcentaje que considere necesario según el caso concreto.

Bogotá D.C., **05/11/2019 Hora 19:51:38s**

# N° Radicado: 2201913000008233

Señora

# Danna Camila Ortiz Enciso

Ciudad

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4201913000006203 |
| **Temas:** | Adición, urgencia manifiesta |
| **Tipo de asunto consultado:** | Adición del contrato de arrendamiento suscrito con ocasión de una declaratoria de calamidad pública |

Estimada señora Ortiz,

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 11 de septiembre de 2019, 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.

# Problema Planteado

“¿Un contrato de arrendamiento u otro suscrito con ocasión de una declaratoria de calamidad pública por parte del ente territorial es susceptible de adicionarse el valor inicial pactado con el contratista? ¿En caso afirmativo en qué porcentaje?”.

# Consideraciones

Para dar respuesta a sus inquietudes se analizarán los siguientes temas: i) régimen jurídico de los contratos suscritos con ocasión de la declaratoria de calamidad pública y ii) la adición en los contratos con régimen exceptuado.

# Régimen de los contratos suscritos con ocasión de la declaratoria de calamidad pública

La Ley 1523 de 2012, “por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”, establece que para atender situaciones de desastre y calamidad pública la norma establecerá el régimen aplicable a los contratos, empréstitos y control fiscal de recursos, para garantizar el regreso a la normalidad[[1]](#footnote-1).

El artículo 66 señala que los contratos celebrados en relación con las actividades de la declaratoria de desastre y calamidad pública, “(…) se someterán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con sujeción al régimen especial dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 (…)”, es decir, que se regirán por las disposiciones civiles y mercantiles durante el tiempo que dure la situación de desastre y/o calamidad pública, teniendo la facultad de incorporar las cláusulas excepcionales previstas en el Estatuto General de la Contratación Pública. Para estos contratos, el parágrafo del artículo 66 señaló que se someterán a las reglas de control fiscal establecidas en los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993 y demás normas que la modifiquen[[2]](#footnote-2).

En este sentido, el legislador contempló que para poder solucionar los riesgos generados por las situaciones que dieron lugar a la declaratoria de calamidad o desastre, se debían incorporar mecanismos que permitieran mayor eficacia y gestión que no podría garantizarse con la aplicación de las normas que rigen la contratación estatal, para ello estableció que en los contratos se debían aplicar la normas que rigen los negocios jurídicos entre particulares.

En este orden de ideas, en el ordenamiento jurídico se contempló que para algunas actividades y situaciones especiales de las entidades públicas sus contratos no se someterían al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, caso en el cual su régimen de contratación corresponde al derecho privado. Sin embargo, el artículo

13 de la Ley 1150 de 2007 prescribe que las entidades del Estado cuyo régimen de contratación sea diferente al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública deberán, en desarrollo de su actividad contractual, aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades:

Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

En sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, radicado No. 13001-23-31-000-2000-00341-01 (25.801), del 8 de abril de 2014, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, expresó que los contratos que se rigen por normas del derecho privado deben respetar los principios constitucionales, pero esto no significa que se rijan por las normas del Estatuto General de la Contratación Pública. Al respecto se pronunció:

El resultado que produjo esta combinación de normas de derecho privado con principios constitucionales es lo que experimentan las entidades excluidas, porque la pureza del derecho privado no la pueden aplicar, so pena de trasgredir los principios constitucionales. No obstante, esto tampoco significa que el régimen contractual de esas entidades haya pasado a ser la Ley 80, porque de ninguna manera se dispuso algo semejante.

(…)

En este contexto, lo que no pueden negar el derecho privado ni el administrativo es que en las instituciones públicas se vive una novedad jurídica que produce dificultades e inseguridad jurídica para sus aplicadores, pues la mezcla de regímenes, que materializan en manuales de contratación, es altamente debatible, porque la suficiencia con que recojan en ellos la principialística constitucional ofrece dudas, que sólo se dirimen analizando cada caso concreto.

En este contexto, no puede predicarse que un contrato que se rige por normas del derecho privado, por el hecho de tener la obligación de observar y respetar los principios de la función administrativa y gestión fiscal, consagrados en la Constitución Política, deba aplicar las reglas del Estatuto General de la Contratación Pública.

Por consiguiente, el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados con ocasión de la declaratoria de calamidad pública, previstos en la Ley 1523 de 2012, serán las normas civiles y comerciales; las estipulaciones que se encuentren en el manual de contratación de la entidad; por los artículos 42 y 43 de la Ley 80; y por los principios constitucionales de la funciona administrativa y la gestión fiscal.

# Adición en los contratos con régimen exceptuado

La adición de contratos regidos por la Ley 80 de 1993 no se encuentra definida por el Estatuto General de la Contratación Pública, sino que únicamente el legislador se restringió a señalar un límite para esta, el cual fue establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, donde se reguló la manera como las entidades del Estado pueden realizar adiciones a sus contratos. Prescribe que no podrán realizarse adiciones por más del 50% del valor inicial del contrato:

Artículo 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

(…)

Parágrafo. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.

En este orden de ideas, las entidades sometidas al Estatuto General de la contratación pública tienen un límite para adicionar sus contratos, que no podrá superar el 50% del valor inicial del contrato.

Cosa distinta sucede con los contratos de la Ley 80 de 1993, pues aplican las normas civiles y comerciales, el manual de contratación de la entidad y los principios constitucionales de la funciona administrativa y la gestión fiscal. En este orden de ideas, como las normas civiles y comerciales no limitan la posibilidad de adicionar los contratos en un porcentaje, las entidades que tienen régimen especial deben observar las reglas establecidas en sus manuales de contratación, y si estos no incorporan ningún porcentaje, podrán realizar las adiciones en el porcentaje que consideren necesario.

En consecuencia, como la Ley 1523 de 2012 no estableció un límite para la adición, ni remitió a la aplicación del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, aplican las reglas previstas en el manual de contratación de la entidad, y si no establece ningún límite la entidad puede adicionar el contrato en el porcentaje que considere necesario según el caso concreto.

# Respuesta

Los contratos celebrados en relación con las actividades de la declaratoria de desastre y calamidad pública que se encuentran regidos por las disposiciones civiles y mercantiles, en virtud de lo previsto en el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012, pueden hacer adiciones en el porcentaje previsto en el manual de contratación, y en caso de que el manual no determine un porcentaje se podrá adicionar en el porcentaje que se consideré necesario para lograr los fines establecidos en la Ley 1523 de 2012.

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

Atentamente,



Proyectó: Sergio Mateo Avila

1. Ley 1523 de 2012. “Artículo 65. Régimen normativo. Declaradas situaciones de desastre o calamidad pública, conforme a lo dispuesto en el Capítulo VI de esta ley, en la misma norma se determinará el régimen especial aplicable de acuerdo con los antecedentes, la naturaleza, la magnitud y los efectos del desastre o calamidad pública. Las normas versarán entre otras materias sobre contratación del Estado, empréstitos, control fiscal de recursos; ocupación, adquisición, expropiación, demolición de inmuebles e imposición de servidumbres; reubicación de asentamientos, solución de conflictos, moratoria o refinanciación de deudas, suspensión de juicios ejecutivos, créditos para afectados, incentivos para la rehabilitación, reconstrucción y el desarrollo sostenible; administración y destinación de donaciones y otras medidas tendientes a garantizar el regreso a la normalidad”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 1523 de 2012. “Artículo 66. Salvo lo dispuesto para los contratos de empréstito interno y externo, los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo o los celebrados por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes de este fondo o los celebrados por las entidades territoriales y sus fondos de gestión del riesgo, relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública, se someterán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con sujeción al régimen especial dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, y podrán contemplar cláusulas excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993.

   “Parágrafo. Los contratos celebrados por las entidades territoriales en virtud del artículo anterior se someterán al control fiscal dispuesto para los celebrados en el marco de la declaratoria de urgencia manifiesta contemplada en los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993 y demás normas que la modifiquen”. [↑](#footnote-ref-2)