ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Definición

Las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto de la normativa de contratación pública. Esto quiere decir que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por lo que sus procedimientos contractuales tienen su normativa propia para su desarrollo, esto es, el derecho privado. Este aspecto se determina en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación.

ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Manual de Contratación – Contenido

Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial administran recursos públicos, sus manuales de contratación deben sujetarse a unas reglas mínimas que garanticen el cumplimiento de los principios de la función pública, el control fiscal y los principios rectores de la contratación estatal. Estas reglas deben indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, realizar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, así como todos los criterios necesarios para garantizar la selección objetiva y la protección del interés general. Lo anterior, sin perjuicio de que algunas de estas reglas se establezcan, complementen o detallen en los documentos que se expiden en desarrollo de sus procedimientos contractuales.

ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Obligaciones transversales a las entidades

Así mismo, estas entidades deben cumplir unas obligaciones transversales a la contratación pública, entre ellas la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones, la publicación de sus procedimientos de selección a través de la herramienta SECOP —en la sección Régimen Especial—, hacer uso del clasificador de bienes y servicios de las Naciones Unidas, reportar inhabilidades e incompatibilidades de los proveedores de la entidad y analizar el sector económico de los oferentes, entre otras.

MANUAL DE CONTRATACIÓN – Reglamento interno de contratación – Naturaleza jurídica – Reglamento – Inderogabilidad singular

[…] las entidades estatales que, por disposición legal, cuentan con un régimen especial , exceptuado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y normas complementarias – pueden expedir un reglamento interno de contratación –comúnmente denominado manual de contratación–, que regule aspectos asociados a la actividad contractual, como los procedimientos de selección, los requisitos de participación, las condiciones de ejecución del contrato, etc. En otras palabras, el manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación. Además, pese a que existe un alto grado de discrecionalidad en su elaboración, el manual de contratación, al ser un reglamento vincula a la propia entidad.

En todo caso, se reitera que las reglas establecidas en los manuales o reglamentos internos de contratación son muy importantes, toda vez que las entidades se obligan a cumplir su contenido. Además, tratándose de un acto administrativo, concretamente de un reglamento, le aplican los atributos propios de estos tipos de actos, entre otras cosas, la presunción de legalidad y la regla de

El futuro es de todos
DNP Departamento Nacional de Planeación
Colombia Compra Eficiente
Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia
www.colombiacompra.gov.co

inderogabilidad singular del reglamento. En tal sentido, su contenido vincula a la propia entidad que lo expidió y no puede desconocerlo a su capricho en casos específicos. Ello sin perjuicio de la posibilidad de expedir un nuevo manual o de modificar el existente.

MANUALES DE CONTRATACIÓN – Entidades de régimen especial – Vacíos

[…] los vacíos de los manuales de contratación de las entidades con régimen especial no siempre se llenan de la misma manera, pues ello depende de las materias sobre las cuales exista ausencia de regulación en dicho reglamento y la ley que crea el régimen especial. En tal sentido, sin perjuicio del deber de cumplir ciertas obligaciones transversales a la contratación pública, los vacíos en los aspectos sustantivos y en la regulación del contrato se deben llenar con las normas civiles y comerciales, según el caso; los que tengan que ver con asuntos relacionados con el procedimiento administrativo se deben integrar con las normas de la primera parte del CPACA; los relacionados con las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades, con las disposiciones que las regulen, contenidas bien sea en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o en leyes complementarias.

De otro lado, pero no por ello menos importante, los vacíos en la definición o alcance de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal –a los que aluden los artículos 209 y 267 de la Constitución– deben llenarse con una interpretación integral de la carta política, así como con la jurisprudencia constitucional que exista sobre la materia, emanada de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado –cuando actúe como tribunal constitucional–. Por último, si excepcionalmente a la entidad de régimen especial se la habilita o faculta para hacer uso de disposiciones o prerrogativas establecidas en el EGCAP, los vacíos respecto a su ejercicio se llenan con las disposiciones del Estatuto General de Contratación.

PROHIBICIÓN DE ADICIONAR EN MÁS DEL 50% – Contenido – Cálculo del monto – Ley 80, artículo 40, parágrafo

[…] frente a cualquier incremento del valor inicial del contrato por 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 que aplica a los contratos estatales, cuyos destinatarios son entidades sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Dicha norma además de consagrar una prohibición trae implícita una autorización, consistente en la posibilidad de adicionar los contratos estatales, siempre que no se supere el tope establecido. Debe tenerse en cuenta que el límite debe establecerse en salarios mínimos para que el cálculo del tope sea preciso; de manera que para adicionar un contrato debe dividirse el valor inicial por el salario mínimo vigente al momento de la suscripción del contrato, y luego dividirlo por 2; el resultado obtenido constituirá el número de SMLMV por los cuales podrá adicionarse el contrato. En este sentido, para evitar equivocaciones, lo ideal es que cada 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. }

ADICIÓN – Decreto Legislativo 537 de 2020 – Aplicación a las entidades sujetas a la

Ley 80 de 1993

[…] se destaca que el artículo 8 del Decreto Legislativo 537 del 2020 permite adicionar los contratos sin límite respecto a su valor frente a los 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, frente a aquellas entidades sujetas a la Ley 80 de 1993, al establecer una modificación transitoria al parágrafo del artículo 40 de la precitada ley, condicionada su duración a que la adición se celebre durante la vigencia de la emergencia sanitaria. Esta medida impone a las entidades estatales el deber de justificar la conexidad que existe entre la adición y la situación de emergencia. Por tanto, las entidades deben argumentar suficientemente la adición de los contratos que se realicen con fundamento en el decreto mencionado, atendiendo a las exigencias para su procedencia establecidas en la misma disposición, lo que implica justificar previamente la necesidad y la forma como dichos bienes y servicios contribuirán a gestionar o mitigar la situación de emergencia.

Ahora bien, las entidades públicas de régimen especial que están exceptuadas de la Ley 80 de 1993 no están sujetas a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 537 de 2020, ni tampoco a lo prescrito en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 frente al límite a la adición de los contratos, regulado en el inciso segundo del parágrafo del artículo 40, que prescribe: «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales», toda vez que sus destinatarios son las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993.

Compartido por:

BeltránPardo
Abogados & Asociados

Colombia Compra Eficiente

Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20220317002922
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 17/03/2022 07:30:39

Bogotá, 17 Marzo 2022

Señor
Jorge Andrés Torres Calderón
Bogotá D.C.

Concepto C – 080 de 2022

Temas: ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Definición / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Manual de Contratación – Contenido / MANUAL DE CONTRATACIÓN – Reglamento interno de contratación – Naturaleza jurídica – Reglamento – Inderogabilidad singular / MANUALES DE CONTRATACIÓN – Entidades de régimen especial – Vacíos / PROHIBICIÓN DE ADICIONAR EN MÁS DEL 50% – Contenido – Cálculo del monto – Ley 80, artículo 40, parágrafo / ADICIÓN – Decreto Legislativo 537 de 2020 – Aplicación a las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993.

Radicación: Respuesta a consulta P20220203000991

Estimado Señor Torres:

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 2 de febrero de 2022.

1. Problema planteado

Usted realiza las siguientes preguntas:

> « Las entidades con régimen especial cuya contratación se rige por el derecho común y como consecuencia se encuentran excluidas a la aplicación de la ley 80 y 1150; como es natural, se rigen exclusivamente por las normas contenidas

El futuro es de todos
DNP Departamento Nacional de Planeación
Colombia Compra Eficiente
Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia
www.colombiacompra.gov.co

en sus respectivos manuales, por tanto, es viable concluir que, a estas entidades no les resulta posible acogerse a lo dispuesto en el artículo 8 del decreto 537 de 2020 para adicionar sus contratos por valores que superan en 50% del valor del contrato principal, en tanto que, el decreto precitado adiciono el artículo 40 de la ley 80, ley que no le es aplicable a estas entidades con régimen especial de contratación y por tanto deberán acudir estrictamente a lo dispuesto en su manual interno?

»El contexto de la inquietud antes efectuada surge de ser espectador de como muchas entidades exceptuadas al estatuto de contratación están adicionando contratos con sustento en el decreto 537 de 2020 y no de su manual que si les aplica y a la fecha Colombia compra no se ha pronunciado en el sentido de establecer lineamientos sobre el particular»

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[1]. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y

[1] La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general».

Colombia Compra Eficiente
Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia
www.colombiacompra.gov.co

a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) los regímenes especiales en la contratación estatal, como ámbitos de regulación que se constituyen como una mixtura entre las disposiciones del derecho privado, de los manuales o reglamentos internos de contratación de las entidades estatales, de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y, excepcionalmente, de otras normas particulares del EGCAP; ii) la forma de llenar los vacíos que existan en el manual de contratación de las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; iii) disposiciones normativas expedidas a partir de la pandemia originada por el COVID-19 en materia de contratación estatal; iv) la adición de los contratos estatales; v) posturas en torno al límite para adicionar los contratos estatales; vi) la posibilidad de adicionar sin límite de valor los contratos celebrados por las entidades estatales sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la emergencia causada por el coronavirus COVID-19.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el régimen jurídico aplicable a las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los conceptos C−018 del 05 de febrero de 2020, C−027 del 12 de febrero de 2020, C−032 del 19 de febrero de 2020, C−179 del 16 de marzo de 2020, C−101 del 16 de marzo de 2020, C−086 del 16 de marzo de 2020, C−168 del 31 de marzo de 2020, C-158 del 3 de abril de 2020, C−362 del 03 de julio de 2020, C−462 del 23 de julio de 2020, C–560 del 24 de agosto de 2020, C-637 del 28 de octubre de 2020, C−684 del 24 de noviembre de 2020 y C-759 del 22 de febrero de 2022. Además, en los conceptos con radicado Nos. 4201912000007298 de 23 de octubre de 2019, 4201913000006294 del 16 de septiembre de 2019, C–062 del 25 de marzo de 2020, C–100 del 27 de marzo de 2020, C–130 del 24 de abril de 2020, C–308 del 28 de mayo de 2020 y C–318 del 28 de mayo de 2020, C-452 del 28 de julio de 2020, estudió los asuntos relacionados con la adición de los contratos estatales. Entre otros aspectos, allí se analizó el tope hasta el cual se pueden adicionar, por lo que se reiteran dichas consideraciones.

2.1. Regímenes especiales en la contratación estatal. Excepciones al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: derecho privado matizado por reglas y principios del derecho administrativo

Las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto de la normativa de contratación pública. Esto quiere decir que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por lo que sus procedimientos contractuales tienen su normativa propia para su desarrollo, esto es, el derecho privado. Este aspecto se determina en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación.

Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial están facultadas legalmente para aplicar reglas distintas a las establecidas en la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, su régimen contractual estará definido en la noma que crea el régimen especial y será desarrollado en el manual de la respectiva entidad, con el fin de que se puedan identificar las normas que aplican en los procesos de contratación. La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la Guía para las entidades estatales con régimen especial de contratación, que las define como aquellas que contratan con un régimen distinto a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007[2].

No obstante, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y contratan con recursos públicos para lograrlo, por lo que no son ajenas a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación pública que son transversales a todas las entidades, sin importar su régimen contractual. Lo anterior es reafirmado por el Consejo de Estado, que destaca las reglas que sigue la contratación de las entidades de régimen especial:

> [...] en la contratación de las entidades excluidas de la Ley 80 se distinguen perfectamente dos ordenamientos jurídicos: uno prevalente, el derecho privado, que aporta todas sus instituciones, reglas y principios y las pone al servicio de los contratos de dichas entidades; y otro, secundario, referido a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal —pero no a la Ley 80 de 1993, con sus reglas particulares—, que inspiran al régimen anterior con valores propios del derecho público.
>
> La Sala entiende que el régimen preponderante domina y aporta el gran volumen de normas contractuales y que el régimen inspirador influye y ayuda a interpretar pero también transforma parte de esas instituciones, porque se suma a ellas, lo que no siempre se logra conservando intacta la institución privada sino introduciéndole modificaciones.
>
> La función que cumplen los principios públicos también se representa en la necesidad práctica —normalmente no por orden de una norma— de expedir un reglamento interno de contratación que concrete la mayor parte de aportes de

[2] Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación: «Entidad Estatal de régimen especial: Entidad Estatal que realiza sus Procesos de Contratación con un régimen distinto al previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007».

> esos principios a la transformación de las reglas del derecho privado. Es por esta influencia que surge la necesidad de contar con procesos de selección de contratistas que garanticen la libre concurrencia, la igualdad de oportunidades de acceso a los negocios del Estado, la trasparencia y en general los demás valores propios de la gestión de lo público[3].

Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial administran recursos públicos, sus manuales de contratación deben sujetarse a unas reglas mínimas que garanticen el cumplimiento de los principios de la función pública, el control fiscal y los principios rectores de la contratación estatal. Estas reglas deben indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, realizar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, así como todos los criterios necesarios para garantizar la selección objetiva y la protección del interés general. Lo anterior, sin perjuicio de que algunas de estas reglas se establezcan, complementen o detallen en los documentos que se expiden en desarrollo de sus procedimientos contractuales.

Así mismo, estas entidades deben cumplir unas obligaciones transversales a la contratación pública, entre ellas la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones, la publicación de sus procedimientos de selección a través de la herramienta SECOP —en la sección Régimen Especial—, hacer uso del clasificador de bienes y servicios de las Naciones Unidas, reportar inhabilidades e incompatibilidades de los proveedores de la entidad y analizar el sector económico de los oferentes, entre otras.

Además, debe tenerse en cuenta que las cláusulas excepcionales no están contempladas en el derecho común. Estas se encuentran limitadas no solo al uso del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sino a algunos tipos de contratos específicos. En ese sentido, la única forma en que una entidad sujeta a un régimen especial pueda usar estas cláusulas es si su norma de creación lo establece, como sucede, por ejemplo, con las empresas sociales del Estado. De modo que si una Entidad sujeta al régimen especial requiere sancionar al contratista o terminar el contrato, por regla general, debe acudir al juez competente[4]. Lo anterior, se reitera, salvo que una norma especial extienda la aplicación de alguna o algunas de las facultades o disposiciones establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante Estatuto General de Contratación o EGCAP– a entidades con un régimen especial de contratación. En otras palabras, la aplicación de reglas del Estatuto General de

[3] Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado No. 45.607 del 24 de octubre de 2016. Consejera Ponente: María Nubia Velásquez Rico.

[4] Sobre las entidades de régimen especial, se puede consultar su definición y un listado aproximado de este tipo de entidades en: BARRETO MORENO, Antonio A. El derecho de la compra pública. Primera edición. Bogotá: Legis - Universidad de la Sabana, 2019.

Contratación Pública y sus modificaciones dependerá de si la norma especial remitió para su aplicación.

Por ejemplo, las empresas sociales del Estado –ESE– son entidades que se exceptúan de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues así lo prevé el artículo 195.6 de la Ley 100 de 1993. Esta norma dispone que una ESE, «En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública». En otras palabras, el legislador decidió otorgar a las empresas sociales del Estado –«[…] que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa», al tenor del artículo 194 de la misma Ley– un régimen contractual de derecho privado, pero al mismo tiempo les dio la potestad de utilizar las cláusulas exorbitantes reguladas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Algo similar sucede con el régimen contractual de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, las cuales, de acuerdo con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 se rigen por el derecho privado; sin embargo, el inciso segundo del artículo 31 establece la posible aplicación de cláusulas exorbitantes en sus contratos bajo ciertos presupuestos[5].

En todo caso, como se explicó previamente, el hecho de que determinadas entidades estatales por disposición legal se sometan a un régimen distinto al del EGCAP, no puede entenderse como una negación de lo que, años más tarde, estableció el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Este enunciado normativo significó un «retorno del derecho administrativo» para las entidades *excluidas*, al reiterar que deben cumplir los principios constitucionales de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal[6]. A

[5] Artículo 31. Régimen de la contratación. [Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001] Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo. (Cursiva fuera del original).

[6] Este fenómeno también se ha presentado, en los últimos años, en España. Al respecto, ver: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. El retorno del derecho administrativo. En: Revista de Administración Pública. Nº 216 (2018). Disponible en: https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/67033.

continuación, se analiza el alcance y los límites de los manuales o reglamentos internos de contratación que pueden expedir estas entidades públicas.

2.2. Manual o reglamento interno de contratación de las entidades de régimen especial: límites derivados de la reserva de ley y forma de llenar sus vacíos

Según se indicó anteriormente, las entidades estatales que, por disposición legal, cuentan con un régimen especial[7], exceptuado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y normas complementarias[8]– pueden expedir un reglamento interno de contratación –comúnmente denominado *manual de contratación*–, que regule aspectos asociados a la actividad contractual, como los procedimientos de selección, los requisitos de participación, las condiciones de ejecución del contrato, entre otros. En otras palabras, el manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación. Además, pese a que existe un alto grado de discrecionalidad en su elaboración, el manual de contratación, al ser un reglamento vincula a la propia entidad.

Sin embargo, la libertad de configuración reglamentaria de las entidades estatales, expresada en el manual de contratación, no es absoluta. A pesar de que están facultadas para regular ciertos temas relacionados con la actividad contractual, deben hacerlo respetando la reserva legal de la que gozan ciertas materias. En tal sentido, asuntos como: i) los requisitos de existencia y validez del contrato, ii) causales de inhabilidad e incompatibilidad, iii) el principio de anualidad del gasto, y iv) restricciones al acceso a la administración de justicia para discutir las controversias contractuales, son, entre otros, temas cuya regulación está reservada al legislador y que, por tanto, las entidades exceptuadas no pueden reglamentar en su manual de contratación[9].

---

[7] Es el caso de: i) las empresas sociales del Estado (art. 195, num. 6, Ley 100/1993), ii) las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (arts. 31 y 32, Ley 142/94); iii) las empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades públicas y sociedades de economía mixta con capital público mayoritario, siempre que las tres entidades mencionadas anteriormente se encuentren en competencia con el sector público o privado, a nivel nacional o internacional, o ejerzan su actividad en un mercado regulado (art. 14, Ley 1150/07); iv) las universidades públicas (art. 93, Ley 30/92); entre otras.

[8] Leyes que, a su vez, han sido modificadas por otras posteriores, como las Leyes 1474 de 2011 y 1882 de 2018, entre otras. Así mismo, se recuerda que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se encuentra reglamentado actualmente por el Decreto 1082 de 2015.

[9] Así lo sostuvo el Consejo de Estado: «Esta Sala, en sentido contrario al del tribunal, recuerda que las normas que establecen la manera como se perfecciona un contrato son de orden público, por

El futuro es de todos
DNP Departamento Nacional de Planeación
Colombia Compra Eficiente
Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia
www.colombiacompra.gov.co

Sin perjuicio de lo anterior, existen múltiples contenidos que pueden ser objeto de regulación en el manual de contratación, por hacer parte del ámbito de configuración en desarrollo de su autonomía contractual que no riñe con la ley. Este sería el caso de, por ejemplo, la definición de requisitos de ejecución del contrato, la definición de si cierta actuación de la actividad contractual la debe realizar cierta dependencia de la entidad, establecer límites en cuanto a posibilidad de realizar adiciones en los contratos, detallar los trámites internos que se surten al interior de la entidad y demás aspectos que hagan parte de su ámbito de configuración. Estos aspectos, por ser desarrollo de su autonomía en la configuración de su actividad contractual, no desconocen los requisitos o parámetros establecidos en la Constitución o la ley.

En todo caso, se reitera que las reglas establecidas en los manuales o reglamentos internos de contratación son muy importantes, toda vez que las entidades se obligan a cumplir su contenido. Además, tratándose de un acto administrativo, concretamente de un reglamento, le aplican los atributos propios de estos tipos de actos, entre otras cosas, la presunción de legalidad y la regla de *inderogabilidad singular del reglamento*[10]. En tal

tanto indisponibles por las partes, así que para las entidades excluidas de la Ley 80, un contrato existe si cumple las exigencias del ordenamiento privado; ni siquiera las del manual de contratación que expide cada hospital, ni las que prevean las partes en un contrato específico, porque los últimos no pueden reducirlas o adicionarlas, puesto que semejante acuerdo adolecerá de nulidad, al transgredir el derecho público de la nación.

»Lo anterior explica por qué en el derecho privado las partes no pueden condicionar la existencia de un contrato, que por ley sea consensual, al hecho de que conste por escrito; ni uno que requiere escritura pública al hecho de que el acuerdo verbal sea suficiente. Esto significa que si la ley impuso formalidades especiales para que exista un contrato, las partes no sólo no pueden obviarlas, sino que tampoco las pueden incrementar o adicionar; y a la inversa, si la ley no estableció formalidades especiales para que exista determinado negocio, las partes no las pueden crear con ese propósito –aunque sí podrían hacerlo para otros efectos, pero no para que exista el acuerdo de voluntades-. Lo expresado hasta ahora debe entenderse en los siguientes sentidos:

»a. Si la norma aplicable al contrato es la Ley 80, los requisitos de perfeccionamiento son los que ella establezca; de manera que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad –que autorizan los arts. 13, 32 y 40- no pueden atenuar ni hacer más exigentes los que contempla.

»b. Si la norma aplicable al contrato estatal es el derecho privado más los principios de la función administrativa, los requisitos de perfeccionamiento también son los que aquél establezca; por tanto, las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tampoco pueden atenuar ni hacer más exigentes los que contempla.

»c. Si la entidad excluida de Ley 80 profirió un reglamento o manual de contratación, para señalar con certidumbre la manera como contratará los bienes, obras y servicios de su interés, los requisitos de perfeccionamiento de sus contratos tampoco son disponibles por ese estatuto, porque esta materia está reservada a la ley. Por tanto, cuándo existe un contrato es un aspecto que define el derecho privado, y la entidad no lo puede alterar, ni para atenuar ni para hacer más exigentes los requisitos» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de abril de 2014. Exp. 25.801 C.P. Enrique Gil Botero).

[10] «La fuerza vinculante de los reglamentos –tanto para los administrados como para la propia administración– surge del hecho de ser una norma jurídica, y de compartir la naturaleza del acto administrativo, luego, de allí también se desprende que se presuman legales y sean ejecutorios.

sentido, su contenido vincula a la propia entidad que lo expidió y no puede desconocerlo a su capricho en casos específicos. Ello sin perjuicio de la posibilidad de expedir un nuevo manual o de modificar el existente.

Ahora bien, ¿a qué normas deben acudir las entidades estatales y los interesados, cuando se presenten lagunas jurídicas –es decir, vacíos o ausencia de regulación de ciertos temas–[11], en los manuales de contratación de las entidades de régimen especial? Como lo establece la «Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de Contratación»[12], expedida por esta Agencia, en principio, la actividad contractual de las entidades excluidas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública «se somete a las reglas del derecho privado». En consecuencia, si bien deben cumplir algunas obligaciones transversales propias del sistema de compra pública, señaladas en dicha guía y que se mencionaron en el numeral anterior, el régimen jurídico de base es el derecho privado, o sea el integrado por las normas civiles y comerciales.

Sin embargo, para determinar el método hermenéutico que ha de seguirse al momento de llenar el vacío de regulación presente en los manuales de contratación de las entidades con régimen especial, el operador jurídico debe indagar sobre en qué materia existiría una laguna. Ello por cuanto existen *tres* –eventualmente *cuatro*– remisiones legales, que deben interpretarse sistemáticamente: i) la que efectúa hacia el derecho privado la norma legal que constituye el régimen especial de la entidad correspondiente –por ejemplo, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, el artículo 195, numeral 6, de la Ley 100 de 1993, el artículo 93 de la Ley 30 de 1992 o el artículo 19 de la Ley 805 de 2003, por mencionar algunos casos–; ii) la que prevén los artículos 2, 34 y 47 de la Ley 1437 de 2011, los cuales disponen que las normas de la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– deben aplicarse en ausencia de lo establecido en leyes especiales; y iii) la que establece el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 respecto de la aplicación de los principios de la función administrativa –artículo 209 C.P.– y de la gestión fiscal –artículo 267 C.P.–, así como del régimen de inhabilidades e

---

»Por esta misma razón, la doctrina española –con especial fuerza– ha señalado que su observancia no queda al capricho del órgano que la expidió, pues si quisiera él lo puede desconocer. De algún modo, como acontece con todo acto administrativo, el acto cobra vida propia, y autonomía en relación con su propio creador. A este último evento se le denomina la inderogabilidad singular del reglamento, que no es otra cosa que la prohibición de insertarlo en un caso particular.

»Esta tesis –de absoluta razonabilidad–, protege tanto al ciudadano como al ordenamiento jurídico en general, de la arbitrariedad de la administración, pues si se admitiera que pese a estar en vigencia un reglamento la propia administración que lo dictó lo pudiera inaplicar, aduciendo que si ella lo produjo entonces cuenta con la autoridad para desconocerlo, los abusos y la violación a sus propias reglas propiciaría el atropello y la corrupción». (MARÍN CORTÉS, Fabián G. El reglamento como fuente del derecho administrativo. En: Las fuentes del derecho administrativo. Texto inédito. 2010. pp. 200-201).

[11] Sobre el concepto de *lagunas* en el sistema normativo, es decir, de *vacíos* de regulación, puede verse: GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Filosofía del Derecho. 17ª ed. México: Porrúa, 2011. pp. 222-245.

[12] Identificada con la referencia G-EEREC-01 y publicada en el siguiente enlace: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_regimen_especial.pdf

incompatibilidades previsto para la contratación estatal. iv) Ahora bien, excepcionalmente a algunas entidades de régimen especial de contratación se les faculta para hacer uso de ciertos contenidos propios de los contratos regidos por el EGCAP, caso en el cual, salvo que la norma que atribuya la facultad permita variar dichos contenidos, estos aspectos se regulan por las disposiciones del Estatuto General, sin que la entidad de régimen especial pueda modificar el alcance de dichas facultades.

En consecuencia, si el manual de contratación de la entidad de régimen especial no prevé normas –es decir, si tiene vacíos–[13] sobre: i) los elementos de existencia y validez del contrato, ii) los vicios que pueden generar su anulación, iii) la tipología de los negocios jurídicos, iv) los criterios de interpretación de las estipulaciones contractuales, v) el concepto y los requisitos de la oferta, vi) las formas de extinción de las obligaciones, vii) la responsabilidad contractual, y otras materias similares relacionadas con el régimen sustantivo del contrato, la ausencia de tales disposiciones en el reglamento interno de contratación de la entidad exceptuada debe suplirse con las normas del Código Civil y del Código de Comercio[14], con la costumbre mercantil[15] y con los principios generales que rigen las relaciones contractuales de los particulares, que ingresan dentro de la categoría de la *lex mercatoria*[16].

Por el contrario, si el vacío del manual de contratación tiene que ver con asuntos asociados a los procedimientos administrativos, tales como: i) la forma de iniciar la actuación administrativa, ii) los derechos y deberes de las entidades y de los particulares en los procedimientos administrativos, iii) el trámite de las peticiones, iv) la notificación, comunicación o publicación de los actos administrativos, v) la presunción de legalidad, firmeza y ejecutoriedad de los actos administrativos, vi) los recursos contra los actos administrativos, entre otros. –asuntos que, como se dijo, gozan de reserva de ley–, la entidad de régimen especial debe aplicar el principio de subsidiariedad previsto en los

[13] Bien por la reserva legal de las materias o porque no las reguló.

[14] El artículo 1º del Código de Comercio establece que: «Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas»; mientras que el artículo 2º señala que: «En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil». Esto significa que en el derecho privado las normas comerciales prevalecen sobre las civiles en asuntos mercantiles.

[15] «La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

»En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior» (art. 3 del Código de Comercio).

[16] Dentro de tales principios se encuentran, por ejemplo, los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Ver: https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf

artículos 2, 34 y 47 de la Ley 1437 de 2011, es decir, debe llenar tales lagunas con las normas de la primera parte del CPACA.

Ahora bien, si lo que falta en el manual –precisamente porque está reservado a la ley– son normas que regulen las inhabilidades e incompatibilidades, en este caso sí se debe acudir a las disposiciones que las consagran y que establecen sus consecuencias, tanto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como en leyes complementarias. Por último, si excepcionalmente a la entidad de régimen especial se la habilita o faculta para hacer uso de disposiciones o prerrogativas establecidas en el EGCAP, los vacíos respecto a su ejercicio se llenan con las disposiciones del Estatuto General de Contratación.

En síntesis, los vacíos de los manuales de contratación de las entidades con régimen especial no siempre se llenan de la misma manera, pues depende de las materias sobre las cuales exista ausencia de regulación en dicho reglamento y la ley que crea el régimen especial. En tal sentido, sin perjuicio del deber de cumplir ciertas obligaciones transversales a la contratación pública, los vacíos en los aspectos sustantivos y en la regulación del contrato se deben llenar con las normas civiles y comerciales, según el caso; los que tengan que ver con asuntos relacionados con el procedimiento administrativo se deben integrar con las normas de la primera parte del CPACA; los relacionados con las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades, con las disposiciones que las regulen, contenidas bien sea en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o en leyes complementarias.

De otro lado, pero no por ello menos importante, los vacíos en la definición o alcance de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal –a los que aluden los artículos 209 y 267 de la Constitución– deben llenarse con una interpretación integral de la carta política, así como con la jurisprudencia constitucional que exista sobre la materia, emanada de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado –cuando actúe como tribunal constitucional–. Por último, si excepcionalmente a la entidad de régimen especial se la habilita o faculta para hacer uso de disposiciones o prerrogativas establecidas en el EGCAP, los vacíos respecto a su ejercicio se llenan con las disposiciones del Estatuto General de Contratación.

2.3. Adición en los contratos estatales en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

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

general las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias para el cabal cumplimiento del objeto contractual.

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

Lo importante es que, frente a cualquier incremento del valor inicial del contrato por 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 que aplica a los contratos estatales, cuyos destinatarios son entidades sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[17].

Dicha norma además de consagrar una prohibición trae implícita una autorización, consistente en la posibilidad de adicionar los contratos estatales, siempre que no se supere el tope establecido. Debe tenerse en cuenta que el límite debe establecerse en salarios mínimos para que el cálculo del tope sea preciso; de manera que para adicionar un contrato debe dividirse el valor inicial por el salario mínimo vigente al momento de la suscripción del contrato, y luego dividirlo por 2; el resultado obtenido constituirá el número de SMLMV por los cuales podrá adicionarse el contrato. En este sentido, para evitar equivocaciones, lo ideal es que cada 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

[17] 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».

descuenten estos de los salarios mínimos que restan por adicionar, ya que las modificaciones podrían hacerse en diferentes años, porque si el contrato se ejecuta sin existir variación en el valor del salario mínimo la operación sería la misma si se toma el monto en pesos.

El razonamiento anterior se fundamenta en la forma como la Ley 80 de 1993 estableció el tope para las adiciones, acudiendo a una forma de actualización del valor, de acuerdo con los incrementos que tenga el salario mínimo, lo que resulta especialmente relevante en contratos de larga duración. De esta manera, el inciso segundo del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratos estatales no podrán adicionarse en más del 50% de su valor inicial, y valga la redundancia, el valor inicial es el contemplado en el contrato originario y cualquier alteración a ese valor constituirá, técnicamente, una adición, independientemente de cuál sea su causa. Sin perjuicio de lo anterior, actualmente existe una posibilidad para adicionar contratos en más del 50% y es la contenida en el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011, para los contratos de interventoría que, por su naturaleza de seguimiento técnico, deberá someterse al plazo en que haya sido prorrogado el contrato objeto de vigilancia. Esta disposición, cumple con el objetivo de fortalecer la figura de la interventoría, como una herramienta integral, para proteger los intereses públicos y no causar un daño antijurídico al abandonar la vigilancia del contrato principal, por limitaciones presupuestales.

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

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

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

En virtud de lo anterior, mediante Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, se declaró por el término de treinta (30) días el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, con lo cual, el Presidente de la República quedó autorizado para dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a

impedir la extensión de sus efectos, y teniendo en cuenta la compleja situación presentada a nivel nacional, en aspectos sociales, económicos y de salubridad pública a causa del avance de la pandemia, el Gobierno Nacional, mediante Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, declaró nuevamente el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, por el término de treinta días calendario.

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

Con motivo de las ampliaciones realizadas al aislamiento preventivo obligatorio, se expidió el Decreto 537 de 12 de abril de 2020 con el propósito de mantener las medidas adoptadas por el Decreto 440 del 20 de marzo de 2020, extendiendo su vigencia a la duración de la emergencia sanitaria.

2.5. Posibilidad de adicionar sin límite de valor los contratos celebrados por las entidades estatales sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la emergencia causada por el coronavirus COVID-19. Conclusión respecto a las entidades de régimen especial

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 –conforme al parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993–, exceptuados los de interventoría conforme lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011, los Decretos-Ley 440 y 537 de 2020 transitoriamente crearon una excepción la regla respecto al tope de las adiciones. 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 a disminuir la propagación del virus, atendiendo a la inmediatez con que se debe obrar para conjurar la crisis. En este sentido, la excepción a la regla se configura en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, cuyos efectos se proyectan al término en que se mantenga la Emergencia Sanitaria, lo que implica delimitar las circunstancias en que

puede ser adicionado un contrato por encima del 50% de su valor inicial. En esta medida el artículo 8 del Decreto-Ley 537 de 2020 establece:

> 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.

Teniendo en cuenta la pregunta motivo de consulta, se destaca que el artículo 8 del Decreto Legislativo 537 del 2020 permite adicionar los contratos sin límite respecto a su valor frente a los 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, frente a aquellas entidades sujetas a la Ley 80 de 1993, al establecer una modificación transitoria al parágrafo del artículo 40 de la precitada ley, condicionada su duración a que la adición se celebre durante la vigencia de la emergencia sanitaria. Esta medida impone a las entidades estatales el deber de justificar la conexidad que existe entre la adición y la situación de emergencia. Por tanto, las entidades deben argumentar suficientemente la adición de los contratos que se realicen con fundamento en el decreto mencionado, atendiendo a las exigencias para su procedencia establecidas en la misma disposición, lo que implica justificar previamente la necesidad y la forma como dichos bienes y servicios contribuirán a gestionar o mitigar la situación de emergencia.

Ahora bien, las entidades públicas de régimen especial que están exceptuadas de la Ley 80 de 1993 no están sujetas a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 537 de 2020, ni tampoco a lo prescrito en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 frente al límite a la adición de los contratos, regulado en el inciso segundo del parágrafo del artículo 40, que prescribe: «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales», toda vez que sus destinatarios son las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993.

En este sentido, respecto a la adición de los contratos por parte de las entidades de régimen especial, se resalta que son sus manuales de contratación los que eventualmente

podrían establecer las formas y límites de la adición de los contratos, en caso de que se establezca alguna regulación al respecto, pues a ellas no le resultan aplicables las disposiciones establecidas en esta materia en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En este sentido, los contratos de las entidades estatales exceptuadas de la aplicación del EGCAP, en principio no tienen un tope respecto al monto de sus adiciones, al no resultar aplicable el límite del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993; salvo que se establezca algún tope o condiciones específicas en sus manuales de contratación, supuesto en el cual tendrán que respetar dicha regulación.

3. Respuestas

> « Las entidades con régimen especial cuya contratación se rige por el derecho común y como consecuencia se encuentran excluidas a la aplicación de la ley 80 y 1150; como es natural, se rigen exclusivamente por las normas contenidas en sus respectivos manuales, por tanto, es viable concluir que, a estas entidades no les resulta posible acogerse a lo dispuesto en el artículo 8 del decreto 537 de 2020 para adicionar sus contratos por valores que superan en 50% del valor del contrato principal, en tanto que, el decreto precitado adiciono el artículo 40 de la ley 80, ley que no le es aplicable a estas entidades con régimen especial de contratación y por tanto deberán acudir estrictamente a lo dispuesto en su manual interno?
>
> »El contexto de la inquietud antes efectuada surge de ser espectador de como muchas entidades exceptuadas al estatuto de contratación están adicionando contratos con sustento en el decreto 537 de 2020 y no de su manual que si les aplica y a la fecha Colombia compra no se ha pronunciado en el sentido de establecer lineamientos sobre el particular»

Teniendo en cuenta la pregunta motivo de consulta, se destaca que el artículo 8 del Decreto Legislativo 537 del 2020 permite adicionar los contratos sin límite respecto a su valor frente a los 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, frente a aquellas entidades sujetas a la Ley 80 de 1993, al establecer una modificación transitoria al parágrafo del artículo 40 de la precitada ley, condicionada su duración a que la adición se celebre durante la vigencia de la emergencia sanitaria. Esta medida impone a las entidades estatales el deber de justificar la conexidad que existe entre la adición y la situación de emergencia. Por tanto, las entidades deben argumentar suficientemente la adición de los contratos que se realicen con fundamento en el decreto mencionado, atendiendo a las exigencias para su procedencia establecidas en la misma disposición, lo que implica justificar previamente la necesidad y la forma como dichos bienes y servicios contribuirán a gestionar o mitigar la situación de emergencia.

Ahora bien, las entidades públicas de régimen especial que están exceptuadas de la Ley 80 de 1993 no están sujetas a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 537 de 2020, ni tampoco a lo prescrito en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 frente al límite a la adición de los contratos, regulado en el inciso segundo del parágrafo del artículo 40, que prescribe: «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales», toda vez que sus destinatarios son las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993.

En este sentido, respecto a la adición de los contratos por parte de las entidades de régimen especial, se resalta que son sus manuales de contratación los que eventualmente podrían establecer las formas y límites de la adición de los contratos, en caso de que se establezca alguna regulación al respecto, pues a ellas no le resultan aplicables las disposiciones establecidas en esta materia en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En este sentido, los contratos de las entidades estatales exceptuadas de la aplicación del EGCAP, en principio no tienen un tope respecto al monto de sus adiciones, al no resultar aplicable el límite del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993; salvo que se establezca algún tope o condiciones específicas en sus manuales de contratación, supuesto en el cual tendrán que respetar dicha regulación.

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

Atentamente,

Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector Gestión Contractual ANCP – CCE

Elaboró:	José Luis Sánchez Cardona Contratista 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 ANCP – CCE

Colombia Compra Eficiente
Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia
www.colombiacompra.gov.co