

Medellín, 03 de agosto de 2021

Modificación del contrato estatal de entidad sometida a régimen especial más allá del 50% del valor del contrato

La ley 80 de 1993 trae una prohibición frente a la adición del contrato estatal, consistente en que este no puede adicionarse en más del 50% de su valor inicial expresado en Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993). Esta prohibición tiene dos excepciones; i) los contratos de interventoría de obra pública (artículo 85 de la Ley 1474 de 2011); ii) y una excepción de carácter temporal, los contratos para la mitigación y gestión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19 (artículo 8 del Decreto 537 de 2020) .

Algunos han sostenido que esta prohibición aplica para las entidades que no se encuentran sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Dicha posición va en contravía de lo regulado en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, ya que esta es la norma que establece los principios que son aplicables a estas entidades y en ella no se incluyó la prohibición de que trata el artículo 40 frente a la adición del contrato estatal, de manera que no existe ninguna regla que imponga su aplicación y, por tanto, el régimen de estas entidades será el definido por las normas especiales que les sean aplicables, que en la mayoría de casos es el derecho privado acompasado con los principios de la función administrativa y la gestión fiscal.

El anterior criterio fue reiterado por el Consejo de Estado en reciente providencia¹ en la que decidió una apelación de una sentencia que resolvió una demanda interpuesta por un particular en contra de las Empresas Municipales de Cali-EMCALI EICE ESP-. Dentro de los argumentos del recurso, consideró el apelante que el Tribunal erró al considerar que era válida la modificación del contrato estatal que superaba el límite del valor del contrato en 50% de su valor inicial.

Sobre este asunto, en el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios, reiteró el Consejo de Estado la posición de la sentencia de unificación² 42003 en el sentido de que estas se rigen por el derecho privado. A partir de lo expuesto concluyó, haciendo referencia a la prohibición de no adicionar en más del 50%, que *el límite mencionado no es aplicable a entidades regidas por el derecho privado, como es el caso de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.*

Pese a lo dicho, sostuvo que esto no significaba que los contratos de las entidades con régimen especial puedan adicionarse indefinidamente, pues la actividad contractual encuentra sus límites materiales en los principios de eficacia, economía, planeación

¹ CE-RAD-53049-2021, SECCIÓN TERCERA, C.P. Martín Bermúdez Muñoz

² CE-RAD-42003-2020, SALA PLENA, C.P. Alberto Montaña Plata

(artículos 209, 339 y 341 CP), libre concurrencia (artículo 333 CP) e igualdad (artículo 13 CP). De manera que, si bien las adiciones podrían desarrollar los principios de economía y eficacia, al evitar trámites administrativos, se debía tener la precaución de no vulnerar otros principios como el de planeación y libre concurrencia, así como las reglas definidas en el manual de contratación de la respectiva entidad, el cual es un acto administrativo de carácter general de obligatorio cumplimiento para la misma³. Con fundamento en lo expuesto, entre otras razones, el Consejo de Estado confirmó la decisión del Tribunal Administrativo y negó las pretensiones de la demanda.

Esta posición confirma el criterio desarrollado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado 2299/2017, en el que se resolvió una consulta sobre la posibilidad de que FONADE, una empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero, suscribiera adiciones a un contrato que superaran el 50% del valor inicial del contrato expresado en SMLMV.

En conclusión, esta posición del Consejo de Estado es coherente con el régimen especial con que el legislador buscó dotar a estas entidades con el fin de que pudieran ejercer la actividad económica en condiciones de competencia y paridad con los particulares, a la par de evitar aplicaciones extensivas de prohibiciones que restringen el régimen de libertad económica.

SUMA LEGAL

³ La naturaleza de los manuales de contratación de las entidades bajo régimen especial puede consultarse en los siguientes precedentes judiciales: CE-RAD-02130-2013-SECCIÓN TERCERA-C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo, CE-RAD-37423-2011-SECCIÓN TERCERA-C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, CE-RAD-45607-2016-SECCIÓN TERCERA-C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.