



Señor
Roby Erihk Escamilla Gaitán
 Neiva, Huila



Colombia Compra Eficiente
 Rad No. RS20221020012713
 Anexos: No Con copia: No
 Fecha: 20/10/2022 16:34:55



Concepto C – 664 de 2022

Temas: CONTRATOS Y CONVENIOS
 INTERADMINISTRATIVOS – Concepto – régimen
 jurídico – Diferencias / LÍMITE DE ADICIÓN DE
 CONTRATOS – Régimen jurídico – Aplicabilidad a los
 convenios interadministrativos

Radicación: Respuesta a consulta P20220901008737

Estimado Señor Roby:

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 la consulta radicada el 1 de septiembre de 2022.

1. Problema planteado

Usted formula solicitud de consulta:

«¿Es viable jurídicamente adicionar más del 50% de los aportes de una entidad pública que ha intervenido en la suscripción de un convenio interadministrativo, teniendo en cuenta la disposición del parágrafo 40 de la Ley 80 de 1993?».

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 consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares o conceptuar sobre el alcance de normas ajenas a la contratación estatal 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 ni para interpretar el alcance de cualquier norma vigente en el ordenamiento jurídico.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos con radicado No. 4201912000007298 de 23 de octubre de 2019,



DEPARTAMENTO
 NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
 Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



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, C-625 del 22 de noviembre de 2021, entre otros, analizó las figuras del contrato y el convenio interadministrativo. La tesis desarrollada se reitera a continuación y se complementa en lo pertinente.

Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto–, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Para responder sus interrogantes, se analizarán los siguientes temas: i) Contratos y convenios interadministrativos. Concepto y régimen jurídico; ii) Diferencias entre contratos y convenios interadministrativos; iii) Régimen jurídico del límite de adición establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993; y iv) Aplicabilidad del límite de adición de la Ley 80 de 1993 a los convenios interadministrativos.

2.1. Contratos y convenios interadministrativos. Concepto y régimen jurídico

Los procedimientos contractuales mediante los cuales las entidades ejecutan recursos públicos y satisfacen el interés general se rigen por la normativa de contratación pública —Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 1082 de 2015—, que contiene los principios, reglas y procedimientos que rigen los contratos de las entidades estatales. Específicamente, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —Ley 80 de 1993— se aplica a las entidades estatales relacionadas en el artículo 2 y demás normas que lo complementan, con lo cual se puede determinar quiénes deben cumplir los principios y obligaciones señalados en las normas citadas.

Sobre la tipología de contrato interadministrativo, cabe señalar que fue creado en la Ley 80 de 1993. Aunque 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», califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquellos negocios celebrados entre entidades estatales¹.

¹ 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».





Importante mencionar que esta disposición no diferencia el contrato del convenio interadministrativo, y los define como el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más entidades de naturaleza jurídica pública con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. En otras palabras, se entiende que los contratos y 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.

El Consejo de Estado define los convenios interadministrativos de la siguiente manera:

«aquellos acuerdos de voluntades celebrados por la entidad con personas de derecho público, que tienen por objeto el cumplimiento de las obligaciones constitucionales, legales y reglamentarias de la entidad, para el logro de objetivos comunes. Los Convenios pueden no tener un contenido patrimonial, en términos generales y en ellos no se persigue un interés puramente económico. Con ellos se busca primordialmente cumplir con objetivos de carácter general, ya sean estos sociales, culturales o de colaboración estratégica.»²

Por su parte, define el contrato administrativo como:

«aquel negocio jurídico celebrado entre dos entidades públicas, mediante el cual una de las dos partes se obliga para con la otra a una prestación (suministro de un bien, realización de una obra o prestación de un servicio), por la que, una vez cumplida, obtendrá una remuneración o precio.»³

Si bien los contratos y 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 que apliquen el régimen de contratación previsto en esa normatividad. En efecto, bien puede una entidad estatal sometida a la Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal 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.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de mayo de 2012, Exp. 1998-01471.

³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. C.P. Álvaro Namén Vargas.





Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato y convenio interadministrativo exista debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y que conste por escrito⁴. Así, si ambas partes son entidades estatales, pueden celebrar convenios interadministrativos porque las disposiciones que regulan esta tipología hacen referencia a la calidad de los sujetos que intervienen en la contratación, que deben ser entidades estatales o de derecho público⁵.

En ese sentido, los contratos y 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 el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece la contratación directa como la modalidad de selección aplicable, por regla general. Lo cual comporta un grado de excepcionalidad frente a las tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección. 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»⁶.

⁴ Ley 80 de 1993: «Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

[...]».

⁵ 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.

⁶ 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.





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.

2.2. Diferencias entre contratos y convenios interadministrativos

Actualmente la normativa en la materia no establece mayor diferenciación entre estas dos figuras jurídicas. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública hace referencia de manera expresa al contrato interadministrativo o, en términos generales, a los interadministrativos y no al convenio. No obstante, 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, puede entenderse que 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.

Por su parte, 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 concurren entidades estatales en el acuerdo de voluntades. Así sucede también al dar aplicación al derecho privado y a la definición contenida en el Código Civil respecto de cada una de estas figuras.

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 [...]»⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena tener en cuenta que cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia ha resaltado algunas diferencias entre los contratos interadministrativos y 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 Civil⁸ 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 Sala⁹ 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 patrimoniales¹⁰»¹¹.

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Exp. 46.986. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

⁸ [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».

⁹ [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».

¹⁰ [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».

¹¹ 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





En esta ocasión la Honorable Corporación resaltó la finalidad del acuerdo de voluntades como un factor de diferenciación entre las dos figuras. Si bien estas tienen un tronco común, se diferencian en su naturaleza y finalidad en la medida en que los contratos estatales -en general- comportan obligaciones de contenido patrimonial que se traducen en intereses contrapuestos entre las partes pues implican un gravamen a cambio de un beneficio, mientras que los convenios interadministrativos involucran la ejecución de actividades en función de un interés común para las partes; si bien se puede pactar remuneración¹², en esencia se pretende el cumplimiento de fines coincidentes entre quienes lo ejecutan.

Mientras que en el contrato interadministrativo las finalidades de las partes divergen, en el convenio convergen y cooperan en función del cumplimiento eficiente de un propósito estatal común superior. En esa línea, una interpretación sistemática de las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, invitaría a considerar el contrato interadministrativo como una relación jurídica patrimonial, onerosa, en la que existe una relación de subordinación que cuenta con unas exigencias y restricciones normativas adicionales de manera que, en efecto, dista de la naturaleza y esencia del convenio interadministrativo.

De aquí que el Consejo de Estado¹³ haya señalado la necesidad de diferenciar el régimen jurídico aplicable a ciertas situaciones específicas del convenio interadministrativo que se separan del régimen jurídico común:

[E]s preciso señalar que los convenios interadministrativos se someten a los principios constitucionales y legales de la actividad contractual del Estado (transparencia, planeación, buena fe, entre otros) y, obviamente, a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 CP (moralidad,

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. C.P. Álvaro Namén Vargas).

¹² Sobre el particular, en ocasiones el Consejo de Estado ha establecido que en aquellos casos en que se pacte remuneración en el marco de un convenio interadministrativo, independientemente de la denominación que se adopte, el negocio jurídico podría no corresponder a su naturaleza y en consecuencia a sus efectos jurídicos. A juicio de esta corporación «en realidad, los convenios en los cuales las partes se obligan patrimonialmente constituyen contratos en toda la extensión del concepto y con todos los efectos de esa particular institución jurídica», de manera que indudablemente les será aplicable el EGCAP. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 23 de junio de 2010, Exp. 1998-00261. C.P. Mauricio Fajardo Gómez). Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 30 de abril de 2008. Rad. 1881.

¹³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. C.P. Álvaro Namén Vargas.





economía, celeridad, entre otros), en virtud del carácter vinculante de los mismos, dentro del contexto de un ánimo de cooperación que se refleja en el plano de igualdad o equivalencia en que se celebran y ejecutan, lo que significa ausencia de prerrogativas en favor de una parte a costa de la otra. Ahora, dada la naturaleza jurídica explicada de los convenios interadministrativos, las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenidas en la actualidad en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, no resultan de aplicación automática a tales convenios, toda vez que ese Estatuto lo que esencialmente regula son relaciones contractuales de contenido patrimonial y oneroso. En tal sentido, en cada caso concreto deberá analizarse, de conformidad con la naturaleza jurídica, objeto y finalidad que se pretende cumplir o desarrollar con el respectivo convenio, si la disposición correspondiente del Estatuto Contractual es aplicable o no. (subrayado fuera del texto original)

A juicio de la sala si bien existe un régimen jurídico común compuesto por las normas del EGCAP que ordenan las declaraciones de voluntad comercial de las entidades estatales -el consentimiento y los efectos de las obligaciones-, y las normas de derecho público relacionadas con la capacidad o competencia de las entidades estatales para celebrar acuerdos de voluntades -que incluyen el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés-, para el resto de asuntos regulados en el EGCAP será necesario tener en cuenta el plano de igualdad o equivalencia en el que se encuentran las partes del convenio y, por ende, la aplicabilidad de cada disposición al caso concreto. En ese orden, por ejemplo, no serán aplicables cláusulas excepcionales al derecho común¹⁴.

Ahora bien, atendiendo al tema bajo consulta, la pregunta que nos ocupa es entonces si la limitación establecida en el inciso segundo del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 hace parte del régimen jurídico común entre contratos y convenios interadministrativos, o si por el contrario los convenios interadministrativos merecen un tratamiento jurídico diferente. A continuación se analiza específicamente si es viable realizar adiciones hasta por el 50% del valor inicial del convenio.

2.3. Régimen jurídico del límite de adición establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993

La ejecución de los contratos estatales está sujeta a los avatares propios del paso del tiempo. Así, durante la planeación de estos la Administración se enfrenta a la ardua

¹⁴ Si bien el parágrafo de artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece que se deberá prescindir de las cláusulas excepcionales en los 'contratos interadministrativos', el Consejo de Estado ha señalado que tal disposición aplica indiscutiblemente para los convenios, pero, para el caso de los contratos administrativos «dado el ámbito de subordinación, no puede descartarse *prima facie*». De hecho, se ha referido en concreto a la procedencia de la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento en contratos interadministrativos. (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, *ibidem*). Cfr. SANTOS Rodríguez Jorge Enrique. "Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos". Revista Digital de Derecho Administrativo, Núm. 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. Pág. 19.





tarea de estimar y determinar las prestaciones que demanda la satisfacción de la necesidad de interés colectivo que pretende satisfacer. No obstante, en muchas ocasiones, durante la fase de ejecución del contrato las partes identifican la necesidad de pactar un cambio o adición a las reglas contractuales originales de cara a alcanzar el propósito de la obra.

A la luz del segundo inciso del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 se prohíbe toda «adición» que se encuentre por encima del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales. Tal ampliación, entendida como una «ampliación del objeto contractual», puede recaer en: i) la necesidad de acometer mayores cantidades de los ítems o actividades inicialmente previstos, a lo que en la práctica se le conoce como «mayores cantidades de obra», que se resuelven a través de la denominada adición de contrato; o en ii) la necesidad de ampliar las prestaciones contractuales, mediante la inclusión de nuevos ítems o actividades no incluidos en el contrato inicial, de manera que se pretenden ejecutar «obras extra», que se resuelve con la celebración de un contrato adicional.¹⁵

Frente a esta regla resulta importante precisar la diferencia entre los contratos pactados a precio global y los pactados a precio indeterminado o unitario, en la medida en que una eventual adición debe entenderse de manera distinta en cada uno de ellos. En los primeros, el precio pactado en el contrato señala el verdadero valor total del mismo, de manera que el precio determinado es vinculante y obliga al contratista a ejecutar la totalidad de la obra por ese precio. En estos términos, cualquier variación en el precio, las cantidades o en las prestaciones a ejecutar, constituyen una adición que deberá encontrarse dentro del límite impuesto en el artículo 40 antes citado.

Por su parte, en los contratos a precio unitario no se estipula un precio fijo, sino determinable o estimativo, y el mayor valor que de ahí resulte si bien se entiende como una expresión natural del contrato original, estará sometido al límite prescrito en el mencionado artículo 40.¹⁶ Así, habrá una «adición» a un contrato de cara a la limitante del 50% fijada en el artículo 40 cuando, por ejemplo, se agregue al alcance físico inicial del contrato algo nuevo; cuando exista una verdadera ampliación del objeto contractual.

Para el caso de contratos a precio unitario también podrá ser aplicable esta regla, según jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, cuando no se cumpla de manera razonable con el deber de planeación técnica y presupuestal, se pretenda reducir de forma

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-214 de 2022. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar. A esta conclusión llega la Corte después de estudiar diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el asunto y, particularmente, la sentencia del 18 de noviembre de 2017 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 43265, p. 104., a su vez citada en la sentencia del 11 de marzo de 2020 de la misma corporación, Rad. 53908, pp. 63-64.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 18 de julio de 2002, Rad. No. 1439, C. P. Susana Montes de Echeverri.





ficticia el presupuesto para posteriormente comprometer recursos adicionales de manera leonina, inaplicando la normatividad atinente a las modalidades de selección según la cuantía y en desmedro del interés general.¹⁷

Finalmente, resulta importante aclarar que la limitante del 50%, 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 cálculo del límite debe hacerse en salarios mínimos, para efectos de que el cálculo del tope sea preciso. De esta manera, para adicionar un contrato debe dividirse el valor inicial por el salario mínimo vigente al momento de la suscripción del contrato, y luego dividirlo por 2. El resultado obtenido constituirá el número de SMLMV por los cuales podrá adicionarse el contrato. En este sentido, para evitar equivocaciones, lo ideal es que cada que se efectúe una adición, se estime su valor en salarios mínimos, que se calcularán con base en el vigente al momento de la adición, de manera que se descuenten estos de los salarios mínimos que restan por adicionar.

El razonamiento anterior se soporta en la forma como la Ley 80 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.

Esta regla actualmente tuvo una excepción -que ya no se encuentra vigente- en el artículo 8 del Decreto Legislativo No. 537 de 2020, el cual permitió que durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social declarada en el marco de la pandemia de la COVID-19, no tener en cuenta el límite del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 en la adición de los contratos que se celebraron en su momento para gestionar y mitigar la pandemia¹⁸.

2.4. Aplicabilidad del límite de adición de la Ley 80 de 1993 a los convenios interadministrativos

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU-214 de 2022. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

¹⁸ En efecto, el artículo 8 del Decreto Legislativo No. 537 de 2020 dispone: «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».





Frente a este punto, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido unívoca. Ha oscilado entre aplicar el EGCAP a los convenios interadministrativos¹⁹, no aplicarlo en absoluto²⁰ y aplicarlo de manera selectiva²¹. No obstante, como se mencionó arriba, los convenios interadministrativos se diferencian de los contratos interadministrativos esencialmente frente a su finalidad: (i) los convenios involucran la ejecución de actividades en función de un interés común para las partes, de manera que pueden o no consagrar cláusulas de contenido patrimonial; y (ii) en los contratos, a pesar de que ambas partes del contrato son personas de derecho público, actúan como si fuesen particulares con el ánimo de recibir una ventaja de contenido económico.

Siendo así, solo cuando se pacten cláusulas o prestaciones que envuelvan una remuneración de por medio y, en línea, la adquisición de compromisos económicos o financieros que conlleven la ejecución del presupuesto de la entidad, se deberá dar aplicación al régimen jurídico estatuido en la Ley 80 de 1993. Asumir una obligación patrimonial es lo que le atribuye al negocio jurídico el deber de cumplir con las disposiciones de la Ley 80 de 1993.²²

¹⁹ 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.

²⁰ Sobre el particular, resulta importante mencionar que en concepto del 22 de noviembre de 2002 la Sala de Consulta y Servicio Civil manifestó: «Adicionalmente debe decirse que, en tratándose de convenios o contratos interadministrativos, la limitación a que se refiere el parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993 no tiene aplicabilidad, pues son acuerdos que se pueden celebrar en forma directa, cualquiera sea su monto, sin que haya obstáculo alguno para ello por permitirlo la ley; basta que se busque la satisfacción de los servicios o, el cumplimiento de las funciones a cargo de las entidades comprometidas. Por lo mismo, también es posible ampliar su valor sin límite distinto de los propios del régimen presupuestal, pues si es posible celebrar varios acuerdos o convenios, no existe ninguna justificación para que en lugar de suscribir diferentes documentos se amplíe un contrato celebrado». Por una razón más práctica que jurídica, la corporación encontró que, si en todo caso la norma autoriza la contratación directa, no tiene sentido obligar a las entidades a celebrar un contrato independiente en lugar de autorizar una adición al contrato original. No obstante, cabe aclarar que precisamente esta última regla fue modificada por la Ley 1150 de 2007, a su vez modificada por los artículos 92 y 95 de la Ley 1474 de 2011, al establecer que debe adelantarse licitación pública o selección abreviada siempre que se pacte la ejecución de una obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 22 de noviembre de 2002. Exp. 1476. C.P. Augusto Trejos Jaramillo).

²¹ A la luz de esta jurisprudencia, al convenio interadministrativo no debe aplicársele de manera automática el régimen de contratación estatal general en atención a sus finalidades y a la equidad o paridad entre sus partes. Solo resultaría razonable cuando quiera que el contrato envuelva un compromiso presupuestal. Así, para el caso del artículo 40, este sería aplicable cuando quiera que se comprometan recursos exiguos, no planificados, que pretendan evadir la normativa en materia de modalidades de selección de contratistas como las establecidas en el EGCAP y, en concreto, en la Ley 1150 de 2007, modificada por los artículos 92 y 95 de la Ley 1474 de 2011. (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. C.P. Álvaro Namén Vargas).

²² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de junio de 2010, Exp. 1998.





A la luz de jurisprudencia reciente del Consejo de Estado²³, al convenio interadministrativo no debe aplicársele de manera automática el régimen de contratación estatal general en atención a sus finalidades y la equidad o paridad entre sus partes:

«Así, es viable distinguir entre «convenios interadministrativos» de contenido patrimonial, los cuales se someterán al régimen de los contratos interadministrativos, y otros que si bien implican obligaciones y responsabilidades para los intervinientes, no tienen un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia), al girar en torno solamente a la forma de complementar y articular las funciones de cada entidad, mediante el intercambio de información, el apoyo logístico, la facilitación de infraestructuras, etc., para mejorar la eficiencia de la gestión pública, así como la utilización conjunta de medios y servicios públicos en el ámbito de los principios constitucionales de economía, celeridad y eficacia para el logro del bien común.

Dada la naturaleza jurídica explicada de los convenios interadministrativos, las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no resultan de aplicación automática a tales convenios, toda vez que ese Estatuto lo que esencialmente regula son relaciones contractuales de contenido patrimonial y oneroso.

En tal sentido, deberá analizarse cada caso concreto, de conformidad con la naturaleza jurídica, objeto y finalidad que se pretende cumplir o desarrollar con el respectivo convenio, si la disposición correspondiente del Estatuto Contractual es aplicable o no»

Se debe aplicar entonces el EGCAP a los convenios interadministrativos cuando las partes tengan intereses patrimoniales.

En esa línea, resulta razonable limitar la capacidad obligacional de las partes según lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 cuandoquiera que se trate de un convenio que entrañe obligaciones patrimoniales. Máxime cuando se pacten compromisos presupuestales sobre recursos exiguos, no planificados, que pretendan evadir la normativa en materia de modalidades de selección de contratistas como las establecidas en el EGCAP y, en concreto, en la Ley 1150 de 2007, modificada por los artículos 92 y 95 de la Ley 1474 de 2011.

3. Respuesta

²³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de febrero de 2022. Exp. 2473. C.P. Óscar Darío Amaya Navas. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 6 de julio de 2022. Exp. 66.594. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 16 de agosto de 2022. Exp. 60.434. C.P. María Adriana Marín.





«¿Es viable jurídicamente adicionar más del 50% de los aportes de una entidad pública que ha intervenido en la suscripción de un convenio interadministrativo, teniendo en cuenta la disposición del parágrafo 40 de la Ley 80 de 1993?».

De acuerdo con lo expuesto, el inciso segundo del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 estableció una limitación para la adición de los contratos estatales, la cual consiste en que las mismas no puede realizarse en más del cincuenta por ciento (50%) del valor inicial del contrato. Frente a la redacción de dicha disposición se puede concluir que la misma hace referencia de manera general a los contratos estatales celebrados de acuerdo con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, independientemente de su tipología.

No obstante, esta limitación solo aplica para los convenios interadministrativos cuando comporten un contenido patrimonial y, por ende, estén sujetos al régimen jurídico del EGCAP. Aquellos convenios interadministrativos que no tengan contenido patrimonial, y que por ende no estén sujetos al EGCAP, no estarán obligados a cumplir con la limitante dispuesta en el artículo 40.

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

Atentamente,

Original Firmado
Juan David Marín López

Juan David Marín López
Subdirector Gestión Contractual ANCP – CCE (E)

Elaboró: Juan Carlos Covilla Martínez
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Cristian Díaz Díez
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Juan David Marín López
Subdirector de Gestión Contractual (E)

