Alcaldía
de Yumbo

110.08.01. _____

Yumbo (V), octubre 27 de 2023

Doctora:
MARTHA LUCIA MARMOLEJO MONTENEGRO
Secretaria de Gestión Humana y Recursos Físicos
E. S. D.

Asunto: Concepto jurídico – *Otrosí modificatorio al contrato N° 110-10-07-088-2023, suscrito entre el municipio de Yumbo (V) y Dagoberto Mendoza Zamora representante legal de la Empresa GOBIERNO DE LA INFORMACION G.I. SAS para "PRESTAR POR SUS PROPIOS MEDIOS Y AUTONOMIA ADMINISTRATIVA LOS SERVICIOS PERSONALES DE APOYO A LA GESTION PARA LA ACTUALIZACION DE LAS TABLAS DE RETENCION DOCUMENTAL – TRD DE LA ADMINISTRACION CENTRAL DEL MUNICIPIO DE YUMBO (V), ATRAVÉS DE LA SECRETARIA DE GESTION HUMANA Y RECURSOS FISICOS DEL MUNICIPIO DE YUMBO VALLE"*

En atención al asunto de la referencia, respetuosamente me permito manifestarle que revisados los documentos aportados para la suscripción de un Otrosí modificatorio al contrato 110-10-07-088-2023 suscrito entre el municipio de Yumbo (V) y Dagoberto Mendoza Zamora representante legal de la Empresa GOBIERNO DE LA INFORMACION G.I. S.A.S, procedo a dar viabilidad jurídica para la firma por parte de la Secretaria de Gestión Humana y Recursos Físicos del municipio de Yumbo (V).

La Constitución Política de Colombia en su artículo 209 consagra que la función administrativa debe estar al servicio de los intereses de la comunidad y a su vez la Ley 136 de 1994, es facultad del Alcalde asegurar la acción administrativa del municipio, defender los intereses del mismo, promover su mejoramiento y desarrollo bajo los lineamientos de una administración pública eficiente.

En procura del cumplimiento de los mandatos legales y en especial los consagrados en la Ley 136 de 1994, modificada por la Ley 1551 de 2012, los Alcaldes Municipales velarán por la continua, eficiente y efectiva prestación de los servicios públicos, y garantizarán el cumplimiento de los derechos e intereses de los administrados.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sobre los contratos estatales dispone:

"ARTÍCULO 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(…)

3. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializado. (Subrayas fuera del texto)

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable."

NOTA: Las expresiones subrayadas fueron declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, en relación con el contrato de prestación de servicios preceptuó:

"La contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden. Si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al empleado público.

Para el cabal cumplimiento de los fines esenciales del Estado, la función pública al servicio de los intereses generales ejerce sus actividades a través de personas vinculadas al mismo en calidad de servidores públicos, quienes bajo la modalidad de empleados públicos o de trabajadores oficiales prestan sus servicios en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (C.P., arts. 122 y 123). Es así como, la regulación que el Legislador ordinario haga de la función pública deberá contener las reglas mínimas y la forma con base en las cuales aquella tendrá que desarrollarse (C.P., art.150-23), así como el régimen de responsabilidades que de allí se derive y la manera de hacerlo efectivo (C.P., art.124), circunstancias todas que consagran una garantía para el ciudadano, como expresión del Estado Social de Derecho.

(...)

De lo anterior se indica que las personas, sean jurídicas o naturales vinculadas mediante contrato de prestación de servicios, son particulares contratados por un tiempo estrictamente necesario, para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, cuando estas funciones no pueden ser realizadas con personal de planta o requieran de conocimientos especializados.[1]

[1] *Concepto 180001 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública*

Sobre el caso concreto del Otrosí al contrato de prestación de servicios acá analizado, el cual se pretende modificar deben constar por escrito para que puedan alcanzar eficacia, existencia y validez.

a. La autonomía de la voluntad como fundamento de la suspensión acordada de la ejecución del contrato estatal.

Con la expedición de la Ley 80 de 1993 la autonomía de la voluntad se constituyó en la fuente principal de los efectos que rigen la ejecución del contrato estatal.

Aunque los procesos de celebración, ejecución y liquidación en materia de contratación estatal están regulados y determinados en la ley, nuestro ordenamiento jurídico reconoce la autonomía de la voluntad (artículos 13, 32, y 40 de la Ley 80 de 1993), como un mecanismo que permite a las partes actuar eficientemente frente a las necesidades que surgen en la práctica contractual.

Esta afirmación encuentra especial sustento en lo preceptuado por el artículo 40 de la precitada Ley, en donde textualmente se establece:

"ARTÍCULO 40.- Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

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

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

(…)". (Resalta la Sala).

Por consiguiente, respecto de la autonomía de las partes contratantes, el legislador en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, dentro de un contexto de fines estatales, otorgó a las entidades libertad para regular la forma de convenir sus contratos, definir su contenido e incluir las estipulaciones que consideraran necesarias y convenientes siempre que no fueran contrarias a la Constitución, la ley o el orden público, y se enmarcan dentro de los principios y finalidades de dicha ley y los de la buena administración.

b. La primacía del interés general y el principio de conservación del contrato en la persecución de los fines de la contratación estatal

Ha coincidido la jurisprudencia en que el fin de la contratación estatal en el Estado Social de Derecho se asocia directamente al interés general, puesto que el contrato estatal es uno de los "*instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas.*

A su vez, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 dispone:

"ARTÍCULO 3°. - De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones".

La norma transcrita determina el deber ser de la actuación de la Administración y de los contratistas en punto al cumplimiento de los fines del Estado: el interés general se ve honrado por la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios contratados y el feliz término de los mismos.[2]

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia manifestó:

2.6 LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

2.6.1 Por regla general, los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado, a los cuales sirve el contrato. Así lo prevén por ejemplo los artículos 14 y 16 de la ley 80, los cuales facultan a las entidades contratantes a modificar los contratos de común acuerdo o de forma unilateral, para "(…) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación", entre otros. En el mismo sentido, en la sentencia C-949 de 2001, la Corte Constitucional señaló que las prórrogas de los contratos –como especie de modificación- pueden ser un instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal.

Al respecto, vale la pena destacar lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 13 de agosto de 2009:

"La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado."[3]

Igualmente vale la pena destacar lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto del 13 de agosto de 2009: "*La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones,*

---

[2] *CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero Ponente: Germán Bula Escobar (E). 05 de julio de 2016. Número Único: 11001-03-06-000-2016-00001-00.*

[3] *Sentencia C-300 de 2012.*

las obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado".

De igual manera en Sentencia 30689 de 2015 el Consejo de Estado dispuso: *"De modo que, para verificar la legalidad de un acuerdo que contiene una modificación del contrato inicial es preciso, a la luz de las normas generales de contratación pública contenidas en la ley 80 de 1993, verificar los siguientes aspectos: i) que el contrato adicional o modificatorio conste por escrito, en la medida que si es requisito de existencia del contrato estatal que se eleve a escrito de conformidad con el artículo 40 ibídem, esa misma exigencia se hace extensible al acuerdo modificatorio, ii) se suscriba la convención dentro del plazo o vigencia del contrato, toda vez que un contrato cuyo plazo o condición ha operado, no es susceptible de ser adicionado, circunstancia en la que habría lugar a adelantar un nuevo proceso licitatorio o de selección de contratista, iii) que no se adicione –por regla general– en más allá del cincuenta (50) por ciento de su valor inicial, expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes, iv) que el objeto del contrato principal no se haya agotado, es decir, que todavía exista y sea viable su ejecución, y v) que no se altere el contenido del objeto inicial por uno nuevo, so pena de que el contrato adicional quede afectado de nulidad".*

De igual forma, el parágrafo único del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 determina que los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales; de tal forma y para el caso concreto, el valor adicionado en este otrosí no supera el límite dispuesto en la presente norma haciendo viable la suscripción de esta modificación.

Sin más consideraciones jurídicas, se emite concepto viable al Otrosí modificatorio al contrato de prestación de servicios identificado con el número 110.10.07.088-2023, suscrito entre el municipio de Yumbo – Valle y Dagoberto Mendoza Zamora representante legal de la Empresa GOBIERNO DE LA INFORMACION G.I. S.A.S, por encontrarse ajustado a derecho y con el fin de ejecutar el proceso contractual previsto en la ley y en el correspondiente Manual de Contratación del municipio de Yumbo (V).

Atentamente,

JORGE L. SANCHEZ CARDONA
Abogado Contratista
Secretaría de Gestión Humana y Recursos Físicos