



PRECIO – Noción – Determinación – Contratos estatales – Autonomía / FACTOR MULTIPLICADOR – Definición

El precio, entonces, es el valor que se da por el objeto, generalmente en dinero, que debe ser determinado o determinable, en los términos de los artículos 1864 y 1865 del Código Civil y, de manera general está compuesto por dos elementos esenciales: los costos y la utilidad, cuya estructuración interna depende de las condiciones técnicas, financieras, regulatorias, etc. de cada contrato.

[...]

De otra parte, en la estipulación del precio de los contratos de consultoría es común la utilización del sistema de factor multiplicador, el cual permite imputar al contrato los costos directos asociados a salarios del personal vinculado con carácter exclusivo al proyecto, así como conceptos asociados a prestaciones sociales, la utilidad del ingeniero y los costos de administración. De esta manera se obtiene un subtotal de costos directos a partir de la sumatoria de los valores correspondientes los salarios del personal, incrementado a partir de su multiplicación por un factor que suele consistir en una cifra de dos dígitos, con una parte entera y otra decimal. Esto sin perjuicio de la incorporación de otros costos directos como viáticos, alquiler de equipos, oficinas, etc., cuya discriminación se exige de manera separada de los costos de personal, para ser sumados al valor resultante la aplicación del factor multiplicador.

Aunque el sistema de factor multiplicador se utiliza usualmente en el cálculo del precio de los contratos de consultoría, nada obsta para que esta metodología también se incluya en los contratos o convenios interadministrativos. Por un lado, conforme al artículo 16 del Código Civil, esta forma de estimar el valor de los contratos no es contraria al orden público ni a las buenas costumbres. Por otra parte, conforme al artículo 40 de la Ley 80 de 1993, “Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales” y, por tanto, “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”.

ADICIÓN – Concepto – Distintos supuestos – Prohibición – Adición en más del 50%

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, la expresión «contrato adicional» al igual que las otras nociones doctrinarias y jurisprudenciales arriba señaladas entre comillas son de uso común en la práctica contractual por las entidades estatales. Lo importante en relación con las mismas, tal como se ha resaltado por esta Agencia en oportunidades anteriores, es que frente a cualquier incremento del valor inicial del contrato, que implica una adición, por cualquiera de los dos supuestos señalados previamente, e independientemente 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»

ADICIÓN – Prohibición – Monto – Cálculo – Parágrafo artículo 40 – Ley 80 de 1993

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. La regla establecida en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 aplica a todos los contratos estatales regidos por el EGCAP, independientemente de la modalidad de selección, de la tipología contractual del negocio jurídico que se considere necesario adicionar o del sistema de precios pactados. Ahora bien, para determinar cómo debe hacerse el cálculo de la adición, basta con remitirse a lo dispuesto 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». En consecuencia, al momento de adicionar debe tenerse en cuenta que el cálculo del límite debe realizarse en salarios mínimos para efectos de que el cálculo del tope sea preciso. De manera que para adicionar un contrato debe dividirse el valor inicial por el salario mínimo legal mensual vigente –SMLMV– al momento de la suscripción del contrato, y luego dividirlo por dos. 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, pues 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 – Mayores cantidades – Límites – Posturas

La primera postura, que fue señalada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y adoptada por el Consejo de Estado en otros pronunciamientos, parte de considerar que solo hay lugar a la celebración de un contrato adicional, y por tanto que se encuentre sometido al parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, cuando se trate de adicionar una obra u actividad que no estaba contemplada en el alcance inicial del contrato. En tal sentido, y según dicha postura, a otros aumentos del valor originados, por ejemplo, en mayores cantidades de obra, no les aplica la prohibición, ya que, bajo dicha tesis, el valor inicial del contrato, en el sistema de precios unitarios, solo consiste en un estimativo del costo que tendrá el contrato, que solo logra determinarse una vez termine la ejecución, de manera que con las mayores cantidades de obra no se presentaría una modificación del precio, sino que simplemente se determinará el valor final del contrato, que no será diferente del precio acordado inicialmente que se mantendrá invariable, precisándose, al final, el monto real del estimativo. [...]





La otra postura, defendida por otra parte de la doctrina, y que es la que sostiene esta Agencia, considera que cualquier aumento del valor, independientemente de la causa que lo origine, se enmarca dentro del límite del párrafo del artículo 40, de manera que la norma debe entenderse en el sentido de que cualquier aumento del precio inicial, que implique añadir recursos a los inicialmente previstos, implica la celebración de una adición —que será un contrato—, independientemente del nombre que se le dé y que necesariamente se someterá a la norma prohibitiva, salvo norma especial que excepcione la regla general.

ADICIÓN – Excepciones a la regla – Ley 1474 de 2011 – Artículo 85

Actualmente existe una posibilidad para adicionar contratos estatales en más del cincuenta por ciento (50%), que es la contenida en el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011, al cual se refiere en su consulta, para los contratos de interventoría que, por su naturaleza de seguimiento técnico a otro contrato estatal, podrá prorrogarse por el plazo en que haya sido prorrogado el contrato objeto de vigilancia, sin que resulte aplicable el tope establecido en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en relación con el monto de las eventuales adiciones.

ADICIÓN – Excepciones a la regla – Ley 1474 de 2011 – Artículo 85 – Finalidad

La disposición de la Ley 1474 de 2011 pretende fortalecer la figura de la interventoría, como una herramienta integral, para proteger los intereses públicos y evitar que se cause un eventual daño antijurídico al abandonar la vigilancia del contrato principal, por limitaciones en cuanto al monto de sus posibles adiciones.

ADICIÓN – Excepciones a la regla – Sala de Consulta del Servicio Civil – Consejo de Estado

Por otra parte, en relación con la excepción al límite de la adición de los contratos estatales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante concepto del 6 de junio de 2018 señaló que además de los contratos de interventoría, también podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) en estos dos eventos: i) cuando en un contrato de obra se pacte el mecanismo de ajuste de precios y ii) por el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.



Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

Bogotá D.C., 16 de junio de 2023



Colombia Compra Eficiente

Rad No. RS20230616006253

Anexos: No Con copia: No

Fecha: 16/06/2023 18:09:42



Señor

Luis Alejandro Alemán Rio

Sogamoso, Boyacá

Concepto C-198 de 2023

Temas: PRECIO – Noción – Determinación – Contratos estatales – Autonomía / FACTOR MULTIPLICADOR – Definición / ADICIÓN – Concepto – Distintos supuestos – Prohibición – Adición en más del 50% / ADICIÓN – Prohibición – Monto – Cálculo – Parágrafo artículo 40 – Ley 80 de 1993 / ADICIÓN – Mayores cantidades – Límites – Posturas / ADICIÓN – Excepciones a la regla – Ley 1474 de 2011 – Artículo 85 / ADICIÓN – Excepciones a la regla – Ley 1474 de 2011 – Artículo 85 – Finalidad / ADICIÓN – Excepciones a la regla – Sala de Consulta del Servicio Civil – Consejo de Estado

Radicación: Respuesta a consulta P20230503003893

Estimado señor Alemán Rio:

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 3 de mayo de 2023.

1. Problema planteado



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

Versión: 02

Código: CCE-PQRS-FM-08

Fecha: 28 de septiembre de 2022

Página 4 de 35

FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

En relación con el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 85 de la Ley 1474 de 2014, concernientes a la adición de los contratos y la continuidad de la interventoría, respectivamente, usted realiza la siguiente consulta:

“El suscrito con el debido respeto, siendo conocedor de la de Colombia Compra Eficiente como agencia de Contratación del Gobierno Nacional, con el debido respeto me permito elevar consulta de conceptualización de carácter general en los términos de la ley 1437 de 2011, así:

El artículo 40 de la ley 80 de 1993 es taxativo al manifestar a párrafo dos de su parágrafo único: “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”.

A su vez el artículo 85 de la ley 1474 de 2014, también de forma taxativa expresa:

“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”.

Es decir, respetados funcionarios, con el fin de poder generar un entendimiento holístico e integral de la normatividad en comento, solicito el favor se aclare si los contratos de interventoría que se suscriban por un término específico por factor multiplicador en atención a las normas transcritas, pueden ser adicional por encima del 50% del valor inicial si el término de prórroga del contrato principal y del contrato de interventoría supera el 50% del término inicialmente pactado.”.

2. Consideraciones

Para resolver su consulta se analizarán los siguientes temas: i) determinación del valor o precio en los contratos estatales: uso del Sistema de Precios Unitarios y el Factor Multiplicador, ii) adición de los contratos estatales y las posturas en torno al tope para adicionar contratos, iii) las modificaciones a los contratos estatales y iv) excepciones al límite de adición de los contratos estatales.

La Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente, en los conceptos con radicado Nos. 4201912000007298 de 23 de octubre de 2019, 4201913000006294



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



del 16 de septiembre de 2019, así como en los conceptos C-062 del 25 de marzo de 2020, C-100 del 27 de marzo de 2020, C-318 del 28 de mayo de 2020, C-452 del 28 de julio de 2020, C-560 del 24 de agosto de 2020, C-628 del 23 de septiembre del 2020, C-750 del 21 de diciembre de 2020, C-073 de 16 de marzo de 2021, C-277 de 21 de junio de 2021, C-644 de 18 de noviembre de 2021, C-755 de 21 de enero de 2022, C-152 de 1 de abril de 2022, C-267 de 5 de mayo de 2022 y C-432 de 13 de julio de 2022, C-630 del 29 de septiembre de 2022, C-784 del 21 de noviembre de 2022 y C-824 del 29 de noviembre de 2022, estudió asuntos relacionados con la adición de los contratos estatales¹. Asimismo, en los conceptos C-457 del 3 de septiembre del 2021 y C-663 del 13 de octubre de 2022 se pronunció sobre la modificación a los contratos estatales. Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran y se complementan en lo pertinente a continuación.

2.1. Determinación del valor o precio en los contratos estatales. Uso del Sistema de Precios Unitarios y el Factor Multiplicador

El precio es el “valor pecuniario en que se estima algo”². En nuestro ordenamiento jurídico, tenemos una definición de precio en el Código Civil y en el Código de Comercio. Ambas codificaciones, al regular el contrato de compraventa, definen el precio como el dinero que el comprador entrega a cambio de la cosa vendida:

[Artículo 1849 del Código Civil]: La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y esta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.

[Artículo 905 del Código de Comercio]: La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio”.

El precio es uno de los elementos de los contratos estatales, que por lo general se identifica con el valor del contrato. Aunque no todo contrato lo incluye –pues también existen negocios gratuitos– lo usual es que los contratos estatales se configuren como onerosos y, la mayoría de las veces, como conmutativos, cuando hay un acuerdo entre el objeto y la

¹ Estos conceptos pueden ser consultado en la relatoría de la Agencia en el siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos#>

² Diccionario de la Lengua Española.





contraprestación pactado por escrito entre la entidad estatal y el contratista³. El precio es un importante elemento para el contratista, porque equivale a la remuneración que la entidad contratante le pagará como retribución por la ejecución de las obligaciones de dar, hacer o no hacer previstas a su cargo en el contrato. El precio, entonces, es el valor que se da por el objeto, generalmente en dinero, que debe ser determinado o determinable⁴, en los términos de los artículos 1864 y 1865 del Código Civil y, de manera general está compuesto por dos elementos esenciales: los costos y la utilidad, cuya estructuración interna depende de las condiciones técnicas, financieras, regulatorias, etc. de cada contrato⁵.

Desde la etapa de planeación, en la fase precontractual, las entidades estatales deben calcular tanto el valor estimado del contrato como el presupuesto oficial destinado para satisfacer la necesidad que se pretende suplir con el contrato, mediante la realización del análisis del sector –que incluye el estudio del mercado– y definir la metodología con la cual estructurarán el precio del contrato. Dicho de otro modo, hace parte de los estudios previos la definición del esquema que la Administración usará para estipular el precio. Tal metodología generalmente depende del tipo de contrato, pues hay algunas modalidades más comunes en los de obra pública; otras más utilizadas en los de prestación de servicios y otras más indicadas para los de concesión, por mencionar algunos ejemplos⁶. No hay, pues, una sola metodología para pactar el precio y, en

³ Al respecto, la doctrina sostiene que “Los contratos instados por los entes, organismos y entidades del sector público [...] tienen [...] un carácter oneroso. Efectivamente, el carácter sinalagmático del contrato comporta [...] que cada una de las partes subjetivas recíprocamente tienen una serie de derechos y obligaciones, y el término oneroso nos indica igualmente que el contrato tiene prestaciones recíprocas entre sus partes, por lo que en un contrato en el que existe una determinada prestación (la entrega de un bien mueble, la prestación de un servicio, la realización de una obra) es evidente que debe ser retribuida mediante el abono de la correspondiente contraprestación, es decir, el carácter oneroso del contrato se refiere a la contraprestación que se ofrece por la entidad adjudicadora al contratista por la realización de las actividades objeto del contrato” (Cfr. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, José María: El nuevo régimen de la contratación pública. Madrid: Wolker Kluwer, 2018. p. 268).

⁴ MARÍN CORTÉS, Fabián G. El precio. Ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo, Medellín, 2012, p. 60.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A sentencia de 19 de julio de 2018, M.P. Marta Nubia Velázquez Rico, Rad. 2013-01826(57.576)

⁶ “La manera como las ofertas presentan el precio varía demasiado, incluso por razón de la costumbre que se impone en determinados negocios. Por ejemplo, tratándose de la compraventa, del suministro o la prestación de servicios profesionales –entre otros contratos, que de hecho son la mayoría– el valor que se ofrece no se desglosa para revelar al destinatario su estructura de costos. El proponente se limita a establecer una cifra por la que está dispuesto a asumir ciertas obligaciones, pero el comprador desconoce cómo se compone internamente, es decir, no sabe –ni usualmente le interesa conocerlo– qué parte del valor corresponde a gastos de mano de obra, de transporte, de energía, cuál es la utilidad esperada, entre otros conceptos. En estos casos se limita a conocer con claridad absoluta cuánto le costará el bien o el servicio, porque es lo que pagará.

Sin embargo, en otros negocios, como la obra pública, la concesión y la consultoría, el Estado está acostumbrado a que se desglosen intensamente los costos, exigiendo no sólo el precio total sino una distinción entre los *costos directos* y los *costos indirectos*.





gran medida, la manera de hacerlo ha obedecido a la costumbre mercantil y a la influencia de disciplinas técnicas, como la ingeniería o la administración de empresas, en la contratación estatal.

Una de las metodologías que ha hecho carrera en la práctica contractual pública es el sistema de precios unitarios, método en el marco del cual la entidad contratante, al momento de estimar valor del contrato separa a los costos directos –es decir, los que están directamente implicados en la ejecución del objeto–, de los costos indirectos –que equivalen a los rubros que no tienen que ver de manera inmediata con la ejecución de las actividades contractuales, pero que integran también el precio, bien porque constituyen erogaciones administrativas o contingentes para el contratista o bien porque se dirigen a salvaguardar su ganancia–, solicitando a los proponentes que discriminen los últimos al momento de presentar la propuesta. En tal sentido, mientras que los costos directos se evidencian en el análisis de precios unitarios –APU–, como la sumatoria de los valores de los *ítems* según su unidad de medida, los costos indirectos se suelen abreviar en las variables que integran el acrónimo AIU –Administración, Imprevistos y Utilidad–, que se calcula como un porcentaje aplicado a los costos indirectos. De esta forma, en los contratos en los que se aplica el sistema de precios unitarios el valor del contrato y de las ofertas se determina por la sumatoria de los costos directos–APU– y los costos indirectos–suma equivalente al porcentaje de AIU–.

De otra parte, en la estipulación del precio de los contratos de consultoría es común la utilización del sistema de factor multiplicador, el cual permite imputar al contrato los costos directos asociados a salarios del personal vinculado con carácter exclusivo al proyecto, así como conceptos asociados a prestaciones sociales, la utilidad del ingeniero y los costos de administración⁷. De esta manera se obtiene un subtotal de costos directos a partir de la sumatoria de los valores correspondientes los salarios del personal, incrementado a partir de su

Los primeros son los gastos imprescindibles para ejecutar la obra, entre los que se encuentra: la adquisición de materiales, insumos y suministros, la inversión en equipos, el pago de la mano de obra de las cuadrillas de trabajadores obreros y otros gastos afines –representados en los *ítems* que componen el contrato–. Los costos *indirectos* aluden a los gastos que también son necesarios para la obra, pero que no hacen parte de los elementos mismos con los que se construye, es decir, se trata de los costos de administración de la obra, los imprevistos que se presentan durante su ejecución y la utilidad esperada” (MARÍN CORTÉS, Fabián. El precio. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2012. pp. 63-64).

⁷ El factor multiplicador se encontraba regulado en los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 1522 de 1983, “Por el cual se dictan normas sobre registro de proponentes y concurso de méritos”. No obstante, este reglamento fue posteriormente derogado por el Decreto 2326 de 1995, “Por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993 en cuanto a los Concursos para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos, se hace una adición al Decreto 1584 de 1994 y se dictan otras disposiciones”.





multiplicación por un factor que suele consistir en una cifra de dos dígitos, con una parte entera y otra decimal. Esto sin perjuicio de la incorporación de otros costos directos como viáticos, alquiler de equipos, oficinas, etc., cuya discriminación se exige de manera separada de los costos de personal, para ser sumados al valor resultante la aplicación del factor multiplicador.

Aunque el sistema de factor multiplicador se utiliza usualmente en el cálculo del precio de los contratos de consultoría, nada obsta para que esta metodología también se incluya en los contratos o convenios interadministrativos. Por un lado, conforme al artículo 16 del Código Civil, esta forma de estimar el valor de los contratos no es contraria al orden público ni a las buenas costumbres. Por otra parte, conforme al artículo 40 de la Ley 80 de 1993, “Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales” y, por tanto, “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 la medida que esto suceda, también serán aplicables las consideraciones del Concepto 420171400006240 del 27 de septiembre de 2017 a los contratos o convenios interadministrativos, pues si “[...] se usa el factor multiplicador como fórmula para la determinación de los costos del contrato, el contratista debe demostrar el gasto de todos los componentes de costo que se tuvieron en cuenta para determinarlo”. En este contexto, “En el caso de los salarios y prestaciones sociales, si el contratista no debe asumir tal costo por la modalidad de contratación del personal del que dispone para la ejecución del contrato, se debe disminuir el porcentaje correspondiente a este concepto a través de una modificación al contrato o en el acta de liquidación del mismo”.

Asimismo, “Cuando la Entidad Estatal haga uso del factor multiplicador, debe asegurarse de ejercer una buena vigilancia de la ejecución contractual, con el fin de poder realizar adecuadamente la auditoría de los costos del contrato para pagar sólo aquellos que se hayan causado efectivamente”. Por tanto, podrán verificarse los soportes contables, administrativos y financieros de la ejecución, ya que “La Entidad Estatal sólo debe pagar aquellos costos que hubieran sido pagados por el contratista so pena de que se configure un enriquecimiento sin causa de su parte”.

Como la vigilancia de la ejecución contractual incluye el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico sobre el cumplimiento del objeto, los requerimientos





realizados son de atención obligatoria por la contraparte. No en vano, el inciso segundo del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 dispone que “Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente”.

De acuerdo la explicación precedente, las metodologías señaladas están asociadas, por un lado, a la estimación del valor del contrato por parte de la entidad estatal en el marco de lo requerido por la planeación correspondiente, y por otro lado, a la determinación del precio del contrato en el marco del proceso de selección, en la medida en que se tornan relevantes para la presentación de la oferta económica. Sin embargo, debe advertirse que ni el sistema de precios unitarios ni el factor multiplicador son asuntos expresamente regulados en el conjunto de las disposiciones legales y reglamentarias que integran la normativa contractual del Estado. La justificación de estas formas de establecer o cotizar el precio procede, incluso, de la formación universitaria que reciben los ingenieros, a quienes les enseñan esta metodología para elaborar las ofertas. En ese sentido, estas formas para la configuración del precio del contrato, determinantes para la elaboración de la propuesta económica, no proceden de la ley ni del reglamento, sino de la costumbre⁸.

Si bien el EGCAP no establece una regulación integral o detallada conforme a la cual se deba dar la estructuración del valor del contrato cuando se usa el sistema de precios unitarios, el Decreto 1082 de 2015 impone de manera expresa una carga justificativa para las entidades que utilicen dicho sistema. Al respecto, el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, que regula el contenido del estudio del sector, indica en su numeral 4 que: “Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos presupuestales en la estimación de aquello”. En todo caso, esta Agencia estima que, si bien el factor multiplicador no aparece mencionado en el referido artículo, ello no implica que la entidad esté exenta del deber de incluir los estudios previos el análisis en virtud del cual determinó la viabilidad o conveniencia de usar tal metodología para estimar el valor del contrato, pues que tal justificación le compete a la entidad en relación con dicho valor, independientemente de la metodología que haya utilizado para calcularlo.

⁸ MARÍN, Op. Cit., pp. 64-65.





De acuerdo con lo anterior, el principal sustento para que entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como las excluidas de este, apliquen las referidas metodologías es la autonomía de la gozan para estructuración de las condiciones del negocio jurídico, determinado el sistema más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento. En ese sentido, las entidades cuentan con discrecionalidad para disponer en los documentos del proceso, la aplicación de metodologías como las explicadas, siempre que resulten adecuadas y proporcionales al objeto del contrato.

En el marco de dicha discrecionalidad y ante la ausencia de un marco normativo particularmente aplicable a las referidas metodologías, corresponde a las entidades estatales establecer las reglas para su aplicación, con el propósito de dar a conocer los aspectos deben tenerse en cuenta a la hora de configurar las ofertas. A partir de tales reglas, la entidad podrá exigir el desglose de determinados factores imputables a costos directos en determinada manera, realizar una tasación del AIU o el factor multiplicador, y en general, establecer parámetros que garanticen el desarrollo de principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, dentro de los cuales se halla el principio de economía; postulado que exige la optimización de los recursos públicos.

2.2. Concepto de adición en los contratos estatales y sus límites en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

Como es sabido, uno de los elementos más comunes en los contratos estatales es el *precio*, también conocido como valor. Aunque no todo contrato lo incluye –pues también existen negocios gratuitos– lo usual es que los contratos estatales se perfeccionen como onerosos y, la mayoría de las veces, como conmutativos. Adicionalmente, el precio suele ser el elemento más importante para el contratista, porque equivale a la remuneración que la entidad contratante le pagará por la ejecución del objeto contractual.

Desde la etapa de planeación, en la fase precontractual, las Entidades Estatales deben calcular el presupuesto oficial, mediante la realización del análisis del sector –que incluye el estudio del mercado– y definir la metodología con la cual estructurarán el precio del contrato. Dicho de otro modo, hace parte de los estudios previos la definición del esquema que la entidad usará para estipular el precio. Tal metodología generalmente depende del tipo de contrato, pues hay algunas modalidades más comunes en los de obra pública; otras más utilizadas en los de





prestación de servicios y otras más indicadas para los de concesión, por mencionar algunos ejemplos⁹.

No hay, pues, una sola metodología para pactar el precio y, en gran medida, la manera de hacerlo ha obedecido a la costumbre mercantil y a la influencia de disciplinas técnicas, como la ingeniería o la administración de empresas, en la contratación estatal. Dentro de tales esquemas de establecimiento del precio pueden citarse, entre otros: i) los precios unitarios – calculados de acuerdo con las unidades que componen el objeto del contrato–, ii) el precio global –que equivale al monto total, sin discriminar unidades–, y iii) la administración delegada de recursos –en la que se distinguen los costos de inversión de los honorarios del administrador–.

Por ejemplo, en los contratos cuyo precio se estructura a partir del sistema de precios unitarios, ha hecho parte de la práctica de los negocios que el contratante le solicite al potencial contratista que separe en su propuesta los costos directos –es decir, los que están directamente implicados en la ejecución del objeto–, de los costos indirectos –que equivalen a los rubros que no tienen que ver de manera inmediata con la ejecución de las actividades contractuales, pero que integran también el precio, bien porque constituyen erogaciones administrativas o contingentes para el contratista o bien porque se dirigen a salvaguardar su ganancia–. En tal sentido, mientras que los costos directos se evidencian en el análisis de precios unitarios –APU–, como la sumatoria de los valores de los *ítems* según su unidad de medida, los costos indirectos se suelen abreviar en las variables que integran el acrónimo AIU –Administración, Imprevistos y Utilidad–, que se calcula como un porcentaje aplicado a los costos indirectos¹⁰.

⁹ “La manera como las ofertas presentan el precio varía demasiado, incluso por razón de la costumbre que se impone en determinados negocios. Por ejemplo, tratándose de la compraventa, del suministro o la prestación de servicios profesionales –entre otros contratos, que de hecho son la mayoría– el valor que se ofrece no se desglosa para revelar al destinatario su estructura de costos. El proponente se limita a establecer una cifra por la que está dispuesto a asumir ciertas obligaciones, pero el comprador desconoce cómo se compone internamente, es decir, no sabe –ni usualmente le interesa conocerlo– qué parte del valor corresponde a gastos de mano de obra, de transporte, de energía, cuál es la utilidad esperada, entre otros conceptos. En estos casos se limita a conocer con claridad absoluta cuánto le costará el bien o el servicio, porque es lo que pagará.

Sin embargo, en otros negocios, como la obra pública, la concesión y la consultoría, el Estado está acostumbrado a que se desglosen intensamente los costos, exigiendo no sólo el precio total sino una distinción entre los costos directos y los costos indirectos. Los primeros son los gastos imprescindibles para ejecutar la obra, entre los que se encuentra: la adquisición de materiales, insumos y suministros, la inversión en equipos, el pago de la mano de obra de las cuadrillas de trabajadores obreros y otros gastos afines – representados en los ítems que componen el contrato–. Los costos indirectos aluden a los gastos que también son necesarios para la obra, pero que no hacen parte de los elementos mismos con los que se construye, es decir, se trata de los costos de administración de la obra, los imprevistos que se presentan durante su ejecución y la utilidad esperada” (MARÍN CORTÉS, Fabián. El precio. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2012. pp. 63-64).

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 14 de octubre de 2011. Exp. 20811, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.





En este orden de ideas, tanto las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP –, como las excluidas de este –es decir, las que tienen un régimen especial– gozan de autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento. Para las entidades que se rigen por el EGCAP, tal autonomía está reconocida en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, 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”.

Este último término tiene origen en el artículo 58 del Decreto Ley 222 de 1983¹¹, el cual establecía el “contrato adicional” como el mecanismo a utilizar cuando existiere la “necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios” regulada por dicho estatuto. Sin embargo, dicha figura fue abandonada por la Ley 80 de 1993, estatuto que, fuera de lo dispuesto en relación con la potestad de modificación unilateral, solo aludió a la posibilidad

¹¹ Decreto ley 222 de 1983: “Artículo 58. De los contratos adicionales. Salvo lo dispuesto en el título IV, cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional.

Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. Las relaciones con el plazo sólo requerirán firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías.

Serán requisitos para que pueda iniciarse la ejecución del contrato, la adición y prórroga de las garantías y el pago de los impuestos correspondientes.

Los contratos de interventoría, administración delegada, y consultoría previstos en este estatuto, podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo.

Las adiciones deberán publicarse en el Diario oficial.

En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas.

Parágrafo. Los contratos de empréstito distintos a los créditos de proveedores, no se someterán a lo dispuesto en este artículo”.





de adicionar valor de los contratos estatales dentro de un límite dado por el cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial expresado, pero sin establecer una limitación expresa sobre otros elementos sobre los que recae la adición¹².

No obstante, la expresión “contrato adicional” al igual que las otras nociones doctrinarias y jurisprudenciales arriba señaladas entre comillas son de uso común en la práctica contractual por las Entidades Estatales. Lo importante en relación con las mismas, tal como se ha resaltado por esta Agencia en oportunidades anteriores, es que frente a cualquier incremento del valor inicial del contrato, que implica una adición, por cualquiera de los dos supuestos señalados previamente, e independientemente del nombre que se le dé al acuerdo, aplica el límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, al cual se refiere en su consulta: “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 se debe observar esta última disposición¹³.

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. La regla establecida en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 aplica a todos los contratos estatales regidos por el EGCAP, independientemente de la modalidad de selección, de la tipología contractual del negocio jurídico que se considere necesario adicionar o del sistema de precios pactados.

Ahora bien, para determinar cómo debe hacerse el cálculo de la adición, basta con remitirse a lo dispuesto 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”.

¹² La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha explicado que: “[...] son diferentes el contrato adicional y la adición de contratos. Aquel es un nuevo contrato, mientras esta es una modificación de un contrato en ejecución. La Ley 80 de 1993 abandonó el concepto de contrato adicional e introdujo el de «adición de los contratos», sin especificar los elementos sobre los cuales puede hacerse la adición, mantuvo sí un límite: no más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales [...]”. Concepto 1128 del 26 de agosto de 1998, C.P. César Hoyos Salazar.

¹³ 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, exceptúa 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”.





En consecuencia, al momento de adicionar debe tenerse en cuenta que el cálculo del límite debe realizarse en salarios mínimos para efectos de que el cálculo del tope sea preciso. De manera que para adicionar un contrato debe dividirse el valor inicial por el salario mínimo legal mensual vigente –en adelante SMLMV– al momento de la suscripción del contrato, y luego dividirlo por dos. 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, pues 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. En consecuencia, se considera que debido a que cuando el legislador fijó ese límite de la adición de los contratos estatales acudiendo al concepto o, si se quiere, a la fórmula de los SMLMV quedó prevista intrínsecamente una actualización del valor del dinero, en aras de corregir su depreciación, para efectos de establecer el tope por el cual se puede incrementar el valor de los contratos estatales.

Sin perjuicio de la postura expuesta previamente por la Subdirección de Gestión Contractual, en torno al tope de la adición de los contratos, se señalarán algunas otras posturas que no se comparten, por considerarlas contrarias a la regulación actual contenida en la Ley 80 de 1993.

2.2.1. Dos posturas en torno al tope para adicionar los contratos estatales

Antes de señalar las dos posturas, es necesario aclarar que el presente problema ocurre, especialmente, en los contratos cuya estructuración y pago se realiza por precios unitarios, aunque también se ha extendido al de administración delegada o reembolso de gastos¹⁴, ya que

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de julio de 2002. Exp. 1.439 C.P. Susana Montes Echeverri.





en el de precio global, como más adelante se expondrá, existe un mayor consenso en torno a la forma de aplicar el parágrafo del artículo 40.

La primera postura, que fue señalada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y adoptada por el Consejo de Estado en otros pronunciamientos, parte de considerar que solo hay lugar a la celebración de un contrato adicional y, por tanto, que se encuentre sometido al parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, cuando se trate de adicionar una obra u actividad que no estaba contemplada en el alcance inicial del contrato.

En tal sentido, y según dicha postura, a otros aumentos del valor originados, por ejemplo, en mayores cantidades de obra, no les aplica la prohibición, ya que, bajo dicha tesis, el valor inicial del contrato, en el sistema de precios unitarios, solo consiste en un estimativo del costo que tendrá el contrato, que solo logra determinarse una vez termine la ejecución, de manera que con las mayores cantidades de obra no se presentaría una modificación del precio, sino que simplemente se determinará el valor final del contrato, que no será diferente del precio acordado inicialmente que se mantendrá invariable, precisándose, al final, el monto real del estimativo. La postura anterior se sintetiza en el siguiente concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

“Con base en lo expuesto brevemente, es fácil concluir que es un error celebrar contratos adicionales a los contratos principales celebrados por alguno de los sistemas de precios determinables, para poder ejecutar obras cuyo costo de ejecución sobrepase el estimado inicialmente. En efecto, el error consiste en pensar que ese precio estimado inicialmente es el verdadero valor del contrato, pues, como se explicó, sólo es un estimativo pero el verdadero valor se determinará una vez concluya la obra. Por lo mismo, no se trata de que se esté adicionando el contrato; no. Sólo se está procediendo conforme a lo previsto, esto es, aplicando el procedimiento de precios unitarios a las cantidades de obra ejecutadas y, por consiguiente, si son más cantidades de obra a las previstas, pues el valor del contrato es mayor, pero así fue como se convino.

Por lo mismo, no se trata de que exista un «cambio» o «adición» en el contrato, sino de la aplicación de las reglas contractuales previamente determinadas en el contrato original. Es una operación matemática y no más.

Es preciso, entonces, entender que solamente habrá verdadera «adición» a un contrato cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato, en razón a que





el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrar el contrato no fue adecuada; en otros términos, los mayores valores en el contrato no se presentan debido a mayores cantidades de obra por cambios introducidos al alcance físico de las metas determinadas en el objeto del contrato, sino que esas mayores cantidades de obra surgen de una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato”¹⁵.

La postura anterior también es defendida por cierto sector de la doctrina¹⁶. Bajo ella se amplía el límite establecido por el legislador en el artículo 40, ya que este tipo de modificaciones, para ejecutar más de un mismo ítem o actividad pactada en el contrato —estas posturas las considerarían “precisiones” o “determinaciones del valor final”—, no se tendrían en cuenta para señalar en qué porcentaje se ha adicionado un contrato, ya que ellas no son adiciones:

“En este estado de la cuestión, deberíamos reconocer la existencia de islotes interpretativos sobre este tópico, en los cuales y contraviniendo lo expuesto, el Consejo de Estado, por su puesto de manera errada, ha considerado que la mayor cantidad de obra de un contrato de obra pública a precios unitarios, debe ampararse bajo el ropaje de un contrato adicional y, en consecuencia aplicando el límite del 50%.

Insistimos que no podemos compartir este planteamiento por lo siguiente:

- La naturaleza misma del contrato pactado a precios unitarios en el cual se conviene la realización de una obra claramente determinada (por ej. La pavimentación de la carrera 7ª entre las calles 34 y 100), que cuenta con unas cantidades estimadas que arrojan un precio igualmente estimado.
- Si por decir algo, esas cantidades se acaban en la calle 94, lo faltante, esto es desde la calle 95 a la 100, no es una obra adicional ya que ella hace parte del objetivo inicial, vale decir, que no se requiere pactar un elemento nuevo necesario o accesorio al objeto primigenio pues lo carente hacer parte de él desde el principio.
- Lo procedente, entonces, es que la interventoría a cuyo cargo está el control de las cantidades y presupuestos ejecutados, antes de agotar las inicialmente dispuestas, informe a las partes del contrato con miras a que la entidad obtenga los recursos necesarios para concluir lo pactado.

¹⁵ Ibíd.

¹⁶ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición, Bogotá: Legis, 2016, p. 635 y 636.





- La inyección de los nuevos recursos no se hace al ampro de un contrato adicional sino como parte de un trámite interno oficial, con información al contratista para que pueda seguir avanzando en la obra¹⁷.

Esta postura también es sostenida por el Consejo de Estado en otras providencias¹⁸ y reiterada en el Concepto del 6 de junio de 2018 de la Sala de Consulta y Servicio de Civil en el que se señala que “cuando se incrementa el valor del contrato como consecuencia de la variación de las cantidades de obra previamente pactadas sin que se modifique el valor unitario de los ítems, dicho incremento no queda sujeto al límite cuantitativo señalado en la Ley, del 50%”¹⁹.

La otra postura, defendida por otra parte de la doctrina, y que es la que sostiene esta Agencia, considera que cualquier aumento del valor, independientemente de la causa que lo origine, se enmarca dentro del límite del parágrafo del artículo 40, de manera que la norma debe entenderse en el sentido de que cualquier aumento del precio inicial, que implique añadir recursos a los inicialmente previstos, implica la celebración de una adición —que será un contrato—, independientemente del nombre que se le dé y que necesariamente se someterá a la norma prohibitiva, salvo norma especial que excepcione la regla general:

“Según este criterio, [el expuesto previamente en este concepto] del cual nos apartamos categóricamente, el contrato de nuestro ejemplo, por valor de \$1'000.000, podría costar al final \$1.000'000.000, sin incursionar en los terrenos prohibitivos del art. 40. Y no se comparte este criterio porque desconoce que la Ley 80 de 1993 quiso evitar, precisamente, que los contratos se adicionaran en más del 50%, y *sin duda alguna una ampliación de las cantidades de obra denominada obra adicional conduce a una adición del contrato, luego debe tener como límite el 50% analizado*.

[...]

La tesis jurídica que prevalece es que los contratos no se pueden adicionar por encima del límite del art. 40, sin importar si la obra es extra o adicional, pues estas categorías son meramente técnicas y no jurídicas, de modo que lo determinante no es el tipo de obra, bien o servicio que se necesita ejecutar en mayor cantidad, sino su valor. Si

¹⁷ Ibíd. p. 592

¹⁸ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2004. Exp. 22.178 y en la Sentencia de la misma Sección del 15 de julio de 2004. Exp. AP-1164-02

¹⁹ Concepto del 6 de julio de 2018. Radicación Nro. 2369. C.P.: Osar Darío Amaya Navas.





sobrepasa el límite legal no es posible ejecutarlo”²⁰. (Aparte en corchetes fuera del original). (Cursiva por fuera de texto)

En concordancia con lo expuesto, la doctrina ha definido dos modalidades de limitación a las adiciones contractuales desde una perspectiva cualitativa y cuantitativa que buscan preservar la esencia de este:

Desde el punto de vista *cuantitativo*, toda modificación que aumente el presupuesto destinado al contrato cuenta, independientemente de las modalidades contractuales y de la forma de pago o de la remuneración del contratista. El límite significativo del 50% de su valor inicialmente calculado es determinante del umbral a partir del cual el contrato original ha de considerarse cambiado en su esencia. [...]

Y, desde el punto de vista *cualitativo*, una adición que desnaturaliza el objeto inicial del contrato constituye en realidad una modificación esencial del contrato, lo que daría al traste con todo el proceso previo de selección de contratista para un objeto determinado y aniquilaría toda la estructuración técnica que procedió al proceso de selección. [...]

Puede entonces apreciarse que la limitación *cuantitativa* de las adiciones contractuales es simple de apreciar. Una vez superada la distinción entre contrato estatal y adición del contrato y la consecuente particularidad de los contratos a precios unitarios, *las adiciones del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80/93 comprenden cualquier aumento del valor o costo del contrato*”²¹. (Cursiva por fuera de texto)

La postura anterior también es defendida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, que, en el año 2010, se pronunció al respecto al resolver sobre la legalidad del artículo 73 del Decreto 2474 de 2008, que autorizaba la adición de algunos contratos por encima del 50%. La Sección Tercera declaró su nulidad de dicha norma en la sentencia del 14 de abril de 2010, exponiendo los siguientes argumentos:

“La Sala acogerá la pretensión formulada en atención a que como ya ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación las expresiones utilizadas por la ley («adicionar» y

²⁰ MARÍN CORTÉS, Fabián G. El precio. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo — CEDA y Librería Jurídica Sánchez, 2012. p. 220 y 221.

²¹ BENAVIDES, José Luis. Contratos Públicos: Estudios. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 386





«valor inicial»), hacen referencia a la necesidad de operar modificaciones en algunos negocios jurídicos, lo cual implica una variación en el valor pactado. En este evento, se trata de obras nuevas o distintas indispensables para alcanzar la finalidad perseguida con el acuerdo de voluntades. No obstante lo anterior, *la legislación vigente contempla una limitante: el valor de lo adicionado no puede sobrepasar la mitad de lo inicialmente pactado, asegurándose su actualización mediante las variaciones que presenta el salario mínimo legal mensual. La prohibición expresada por el legislador en el artículo 40 del Estatuto de contratación estatal, es una medida que no sólo busca que no se burlen los procedimientos de selección, sino que además asegura principios como la transparencia, la selección objetiva y la planeación.*

Llegados a este punto, se encuentra que la norma demandada tiene el alcance que el demandante le endilga, en ella se señala la posibilidad de adicionar el contrato de interventoría sin atender a ningún límite de valor, el único criterio que se tiene presente es la prórroga del contrato sobre el cual se realiza la inspección y vigilancia. En otras palabras, se permite una adición que no tiene en cuenta la prohibición establecida en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y que podría sobrepasar en más de un 50% el valor de lo inicialmente pactado”²². (Cursiva por fuera de texto).

Asimismo, esta postura también es sostenida por el Consejo de Estado en otras providencias en las que se indica que en el evento de mayores cantidades de obra se puede proceder acudiendo a la compensación o, en su defecto, a la suscripción de un contrato adicional sujeto a la verificación de la disponibilidad presupuestal:

“En el contrato de obra suscrito bajo la modalidad de pago por precios unitarios, el reconocimiento de las mayores cantidades de obra, cuando ellas resulten necesarias para cumplir con el objeto contractual, bien puede realizarse por vía de compensación con otros ítems cuyas cantidades se hayan ejecutado por debajo de la proporción estimada, lo cual deberá constar en un acta suscrita entre el contratista y el interventor autorizado o, en su defecto, por el representante legal de la entidad; o, cuando ello no sea posible, por sobrepasar el estimativo inicial a través de la suscripción de un contrato adicional (en el valor) sujeto a la previa verificación de la existencia de disponibilidad presupuestal para atender el compromiso y luego reflejadas en las actas de recibo firmadas por las partes, o a más tardar en el acta de liquidación del contrato,

²² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. Exp. 36.054. C.P.: Enrique Gil Botero.





respaldadas con las respectiva disponibilidad presupuestal y siempre que hayan sido autorizadas²³.

En sentencia del 9 de julio de 2021 del Consejo de Estado, se realizó una aclaración de voto que vale la pena destacar, en cuanto reitera esta postura en relación con la limitación de la adición del contrato. En esta oportunidad se indicó que “En el párrafo 34 de la sentencia se señaló que en contratos a precios unitarios, la cláusula de valor es “meramente indicativa”. *Al respecto estimo que el precio no puede fluctuar libremente al arbitrio de las partes, en tanto la ley¹ impone restricciones a la posibilidad de adicionarlo, sin atención a la modalidad pactada en el contrato.* A juicio del suscrito, el deber de planeación a cargo de las entidad estatales impone determinar, en forma previa, el alcance del objeto contractual, de modo que, de antemano, se conozca con alto grado de aproximación, el alcance de los trabajos. El máximo margen de desfase admisible está previsto en la ley como límite a la posibilidad de adicionar los contratos, insisto, con independencia de si los precios fueron globales o unitarios”²⁴. (Cursivas por fuera de texto).

En este contexto, reiterando lo expuesto en otros conceptos, esta Agencia comparte la última postura expuesta, ya que es la que mejor garantiza el principio de legalidad, pues la norma es clara en señalar que los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (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; lo otro implicaría una fuga a la prohibición fijada por el legislador, sin perjuicio de las excepciones contempladas por Ley.

Si bien no se desconoce que el reconocimiento de mayores cantidades de obra no ha sido un tema pacífico en la jurisprudencia del Consejo de Estado, se considera que esta última postura es la que más se adecua a la legislación vigente en la medida en que la ampliación de las cantidades de obra conduce a una adición del contrato y por ende al aumento del presupuesto de este, luego debe tener como límite el cincuenta por ciento (50%) establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Además, como lo ha mencionado la doctrina esta línea es más coherente “no solo con la concepción original de la adición de los contratos, contemplada en la Ley 80/93 sino también con el reforzamiento cada vez más enfático del principio de planeación, frente al

²³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Exp. 17.031. C.P.; Ruth Stella Correa Palacio. Ver también: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de septiembre de 2003, Exp. 15.119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²⁴ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 9 de julio de 2021. Radicación Nro. 52045.C.P.; Alberto Montaña Plata. Aclaración de voto: Alexander Jojoa Bolaños.





cual parecen aberrantes las consideraciones de indefinición del objeto contractual, la designación formal de los presupuestos iniciales y la ampliación ilimitada del costo de los contratos, independientemente de la denominación que se dé a su valor”²⁵.

Adicionalmente, es pertinente indicar que recientemente la Corte Constitucional se pronunció sobre la adición de los contratos por mayores cantidades de obra en la Sentencia SU-214 del 16 de junio de 2022, en la cual se señaló que en estos eventos la restricción del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial aplica con independencia de la modalidad contractual de que se trate y del sistema de precios pactado:

“180. (...) aunque la jurisprudencia del Consejo de Estado ha admitido que los contratos pactados por el sistema de precios unitarios permiten ejecutar mayores cantidades de obra de los ítems pactados sin que haya necesidad de suscribir un contrato adicional, ello, en modo alguno, significa que la administración puede obviar el principio de planeación que, naturalmente, aplica a todos los contratos públicos. Así pues, en los contratos pactados por el sistema de precios unitarios, las mayores cantidades de obra no deben ser consecuencia de una deficiente planeación del contrato. Además, las mayores cantidades deben ejecutarse en consideración del inciso final del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 que dispone que “[l]os contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”, pues, esta restricción aplica con independencia de la modalidad contractual de que se trate y del sistema de precios pactado”.

Aunque este argumento no fue desarrollado de forma extensa en la sentencia, la postura expuesta por la Corte Constitucional es clara en señalar que en los contratos pactados por el sistema de precios unitarios las mayores cantidades de obra deben ejecutarse con observancia del límite de adición del cincuenta por ciento (50%) del valor inicial, pues su aplicación se debe efectuar independientemente del sistema de precios pactados. De esta manera, la posición de la Corte Constitucional es concordante con la segunda postura señalada en este concepto.

En ese orden, esta Agencia comparte las consideraciones de la última postura expuesta, concordante con lo señalado por la Corte Constitucional en la SU 214 de 2022, según la cual en todos los contratos estatales independientemente de la modalidad de selección o del sistema de

²⁵ BENAVIDES, José Luis. Contratos Públicos: Estudios. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 386





precios pactados se deberá respetar el límite de adición señalado en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 tanto para las mayores cantidades de obra como para los ítems no previstos.

2.3 Las modificaciones a los contratos estatales

El EGCAP, contenido en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, así como en las normas que las han modificado y las reglamentan, no consagran una regulación expresa sobre la posibilidad de modificar los contratos celebrados por las Entidades Estatales. Ello encuentra sustento en que, en principio, los contratos deben ejecutarse en las condiciones pactadas inicialmente, pues tales condiciones fueron convenidas luego de que la Entidad Pública surtiera todos los procedimientos previstos para la selección de su contratista y definiera los aspectos, técnicos, legales y financieros propios de cada caso, con observancia de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, así como de todos los demás principios de la función administrativa, aplicables al proceso de gestión contractual. La regulación expresa contenida en la Ley se limita a fijar los porcentajes límite para adicionar los valores inicialmente pactados, como lo hace el artículo 40 de la Ley 80 de 1993²⁶.

Ahora bien, no existe ninguna restricción expresa para modificar los contratos estatales y los mismos principios antes referidos puede poner en evidencia la necesidad de suscribir documentos de modificación en los cuales se cambie parte de las estipulaciones pactadas en un comienzo. En el contexto antes descrito, la jurisprudencia ha fijado pautas generales conforme a las cuales la Administración Pública debe evaluar, teniendo cuenta las particularidades de cada caso, si resulta procedente suscribir documentos de modificación a los contratos que ha celebrado. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-416 de 2012, expresó lo siguiente sobre la posibilidad de modificar los contratos estatales:

“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.²⁷ Así lo prevén por ejemplo los artículos 14 y 16 de la ley 80, los cuales facultan a la entidades contratantes a modificar los contratos de común acuerdo o de forma unilateral, para «[...] evitar la paralización o la afectación grave de

²⁶ El artículo 40 de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos no podrán adicionarse en más del 50% de su valor inicial, expresado en SMLMV.

²⁷ Sobre la naturaleza instrumental del contrato para alcanzar los fines propios del estado social de derecho, ver la sentencia C-932 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.





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 200128, 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.²⁹

[...]

La modificación de los contratos estatales es especialmente importante en aquellos por naturaleza incompletos, es decir, (i) los afectados por asimetrías de información que impiden la previsión de todas las contingencias que pueden afectar su ejecución, y (ii) en el marco de los cuales, por esa misma razón, es difícil prever ex ante los remedios necesarios para afrontar tales contingencias, como ocurre por lo general con los contratos de largo plazo. En efecto, con el paso del tiempo, pueden surgir nuevas exigencias sociales, tecnológicas, culturales, etc. sobre la forma cómo el Estado debe cumplir sus fines y sobre cómo se deben prestar los servicios públicos, o simplemente pueden aparecer circunstancias extraordinarias e imprevisibles al momento del diseño del negocio, para que las que tampoco era posible, en dicho momento, prever un remedio adecuado y específico. En este tipo de contratos es preciso entonces el diseño de reglas que permitan la adaptación y la resolución pacífica de las controversias para evitar el fracaso.

Ahora bien, el que la mutabilidad de los contratos estatales sea posible no significa que pueda llevarse a cabo por la mera voluntad de las partes o de la entidad contratante; por el contrario, la modificación del contrato debe ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica. Por ello la Corte concuerda con la Sala de Consulta y Servicio Civil en que la modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, sustentada y probada, y acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal.

A su turno, el Consejo de Estado³⁰, ha expresado lo siguiente sobre el asunto:

²⁸ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁹ Ver también la sentencia C-068 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo, sobre la constitucional de la posibilidad de prorrogar los contratos de concesión portuaria (artículo 8º de la ley 1º de 1991).

³⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de agosto de 2009, rad. 1.952, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. En este concepto la Sala de Consulta se ocupó, entre otras preguntas, de la siguiente formulada por el Ministerio de Transporte: “1. ¿Bajo el supuesto que en un contrato de concesión existan razones de conveniencia que permitan una mejora del objeto contratado y una mejor prestación del servicio público encomendado a la entidad estatal contratante, es posible, por fuera de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 y en caso de que las partes hubieran pactado una modificación de común acuerdo desde la licitación, acudir a tal previsión y modificar el contrato, teniendo en cuenta, además, que con la modificación se busca un efectivo cumplimiento de los fines estatales y una eficiente prestación de los servicios públicos?”.





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.

[...]

La ley permite una cierta discrecionalidad en la toma de las decisiones de modificar los contratos, pues es muy difícil regular detalladamente el tema, en especial ante la infinidad de situaciones que pueden presentarse durante la ejecución. Por esto utiliza locuciones relativamente amplias, a las que debe someterse la administración. A manera de ejemplo, se citan las siguientes tomadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras, (artículo 4.8), no sobrevenga mayor onerosidad, (artículo 4.9), acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar ... diferencias, (ibídem), evitar la paralización y la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, (artículo 14); etc. Nótese que, sin embargo, en ellas van inmersas las ideas de una causa cierta y unos fines públicos que hay que salvaguardar.

Puede adicionarse una razón a las expuestas para justificar que la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, la cual consiste en el respeto por el principio de igualdad de los oferentes. Si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona, a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado.

De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiendo, y esta es la segunda idea, que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes".

En el mismo sentido, en el concepto 2263 del 17 de marzo del 2016, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado precisó que la regla general es la no modificación del contrato, y la vía excepcional su modificación, sometida a límites legales; límites que, en los términos definidos en el referido concepto, corresponden a los siguientes:





“1. La necesidad de preservar los principios de igualdad, transparencia y libertad de concurrencia, durante la fase de ejecución del contrato.

Este límite encuentra sustento en el hecho de que, para celebrar contratos estatales las entidades públicas eligen, dentro de un «régimen de concurrencia y de igualdad, las mejores condiciones de costo, calidad e idoneidad de la prestación requerida», lo que supone que la selección objetiva de la oferta más favorable, se dirige a salvaguardar el interés público y, por lo tanto, celebrado el contrato en esas condiciones, su eventual modificación debe asegurar que lo adjudicado, y posteriormente alterado, consulte la mejor opción para el servicio público.

Así, según lo expuesto en el concepto en cuestión «la aplicación de los principios de transparencia, de libertad de concurrencia y de igualdad, consagrados en el Estatuto Contractual, y las reglas sustanciales del pliego de condiciones, que permitieron elegir la mejor oferta, previo cumplimiento de los requisitos habilitantes y de ponderación, deben ser de estricta observancia por la Administración y por el contratista, y sus efectos trascienden y se aplican durante la ejecución del contrato y en su liquidación, como garantía de inalterabilidad de lo pactado y de acatamiento a la legalidad de las reglas aplicadas en la actuación previa».

2. Límites de orden temporal, entre los que están comprendidos: i) la vigencia del contrato, pues no podría modificarse un contrato cuyo plazo ha culminado y ii) la prohibición de consagrar prórrogas automáticas, sucesivas o indefinidas, en tanto resultan contrarias al derecho esencial de la libertad de competencia.

3. Límites de orden formal, que comprenden: i) La solemnidad del contrato de modificación, derivada del carácter solemne del contrato estatal, que exige que modificación de los contratos conste por escrito³¹; ii) la motivación y justificación de la modificación, la cual constituye un elemento esencial que permite determinar la juridicidad y la necesidad de una modificación determinada; así como su racionalidad y la proporcionalidad de su contenido.

4. Límites de orden material, que corresponden a: i) la prohibición de modificar las condiciones sustanciales del contrato, que se presentará en los casos en que se incluyan elementos que, «habiendo figurado en el procedimiento inicial, hubiera

³¹ Los acuerdos de voluntades que no cumplan con esta formalidad se consideran inexistentes, por lo tanto, tal como lo ha planteado el Consejo de Estado en el Concepto 2263 del 17 de marzo del 2017, “las eventuales reclamaciones contractuales que pueda presentar un particular sobre prestaciones realizadas, sin la previa modificación del mismo, están llamadas al fracaso, pues la Administración no puede reconocer situaciones de hecho u obligaciones dinerarias con cargo a un contrato que estipula obligaciones distintas”.





permitido la participación de otros interesados aparte de los inicialmente admitidos, o seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada”.

Sobre el alcance de dicha prohibición, la Sala de Consulta y Servicio Civil expresó lo siguiente³²:

“Así, frente a circunstancias excepcionales la Administración podría usar su poder de modificación unilateral o realizar las modificaciones de mutuo acuerdo, con el cumplimiento de los requisitos de ley. Se trataría de la excepción a la regla general de intangibilidad del contrato. La doctrina y algunos pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, aportan los elementos necesarios que permiten orientar a la Administración sobre esta vía excepcional y sus requisitos:

- No podría aceptarse un poder ilimitado o absoluto de modificación, aun frente a circunstancias excepcionales. Por ello la modificación no podrá afectar el núcleo esencial del objeto, o la naturaleza global del contrato. Con independencia de las razones y circunstancias imprevisibles que puedan presentarse, no es posible que el contrato mute o se transforme en un contrato sustancialmente distinto. Si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios pactados por otros diferentes, o se modifica el tipo de contratación, o el núcleo esencial del objeto, se presentaría una novación del negocio jurídico y su objeto.

[...]

-Las causas que justificarían la modificación del contrato deben obedecer al acaecimiento de situaciones o circunstancias imposibles de prever, con una diligencia debida, que hagan imperiosa o necesaria la modificación de algunas estipulaciones del contrato, como única manera de conjurarlas. Debe tratarse de la existencia de circunstancias surgidas de un riesgo imprevisible, no necesariamente de una situación no prevista, que pueda razonablemente considerarse en un futuro mediano o que debieron ser previstas en la etapa de planeación del contrato. Ello supone la existencia de circunstancias posteriores, externas a las partes y no agravadas por su acción u omisión, puestas de manifiesto o imposibles de advertir en la etapa precontractual, que, además, muestren la imposibilidad de cumplir lo pactado inicialmente, o su falta de idoneidad. Estas circunstancias pueden obedecer a razones de tipo geológico, medioambiental o de otra índole, que no pudieron ser razonablemente previstas. [...]

³² Ibídem





-La existencia de una necesidad de servicio público que justifique la modificación, hasta el punto de conjurar la nueva necesidad. La acreditación de estas circunstancias estará a cargo de la entidad estatal, justificada en los estudios previos y en la debida motivación del contrato modificatorio

-El cumplimiento del límite cuantitativo consagrado en la ley para los contratos adicionales. [...]

-Debe tratarse de prestaciones necesarias e inseparables técnica o económicamente del contrato inicial, que no permitan su uso o aprovechamiento independiente La modificación de las condiciones de la prestación o del contrato debe presuponer que no pueda ser materia de un nuevo proceso de selección, o de su contratación con un tercero, en razón a que, por su naturaleza, resulte inseparable técnica o económicamente de la prestación pactada en el contrato inicial”.

Es claro, entonces, que conforme a la regulación legal y a la interpretación que de la misma han hecho el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, la cual se comparte por esta Agencia, es viable jurídicamente modificar los contratos estatales, pero esta medida tienen carácter excepcional y solo procede cuando con ella se pretenda garantizar el interés público, cuando la entidad haya verificado y así pueda constatarse por cualquier que la causa de la modificación es real y cierta, y cuando se deriva de previsiones legales, esto es, cuando la modificación encuentra sustento no solo en circunstancias fácticas propias de la ejecución del contrato, sino, además, cuando tales situaciones ponen de presente la necesidad de dar cumplimiento a previsiones establecidas por el legislador. De esta manera, para establecer si un contrato determinado puede ser susceptible de modificación, se hace necesario que la Administración analice, en cada caso, la concurrencia de los aspectos antes referidos.

Además de lo anterior, las modificaciones no podrían suponer la variación del objeto de un contrato, pues ello supondría la alteración de su esencia y lo convertiría en otro tipo de negocio jurídico. Si se presentara esta situación lo indicado no sería modificar el contrato sino celebrar uno nuevo.

Sobre este último punto, la doctrina³³ ha precisado que cuando “se alude a la modificación del contrato se lo hace para referirse a alteraciones, variaciones, sustituciones de calidad, componentes o número de obras, bienes o servicios. No implican la sustitución del género del contrato sino modificaciones que responden a necesidades sobrevivientes o a errores en la fase

³³ Cfr. DAVILA VINUEZA Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Editorial Legis, 2001, p. 387.





previa³⁴. Para la determinación de los aspectos que no alteran la esencia del contrato estatal y que por ello al variarse no lo convierte en otro contrato, resulta útil remitirse a lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil, que establece que los contratos tienen elementos de su esencia, de su naturaleza y accidentales. Las definiciones de cada uno de dichos conceptos efectuadas en el artículo en comento resultarán útiles para establecer, en un caso determinado, si una específica modificación altera la esencia del contrato.

En todo caso, corresponderá a cada Entidad Estatal realizar el análisis respecto a la precedencia de modificar determinado contrato estatal, en el entendido que se respeten las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, además de definir previamente su procedencia desde la perspectiva jurídica, técnica y financiera.

En este contexto, en concordancia con lo expuesto en el numeral 2.1 de este concepto, es claro que un contrato estatal puede modificarse en precio y en el alcance de su objeto para incluir actividades adicionales que no fueron comprendidas en el contrato inicial, esto es, para incluir ítems no previstos, siempre que se respete el límite fijado por el legislador para adicionar su valor y las demás disposiciones establecidas en el ordenamiento jurídico. Además, las modificaciones no podrían suponer la variación del objeto de un contrato, al punto que suponga la alteración de su esencia y se convierta en otro tipo de negocio jurídico. Si se presentara esta situación lo indicado no sería modificar el contrato sino celebrar uno nuevo. Estas reglas proceden cuando la modificación sea de manera bilateral, así como cuando se realice de forma unilateral por la entidad estatal, esta última teniendo en cuenta que el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 señala que si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución.

Al respecto, es pertinente indicar en relación con la sentencia SU 214 de 2022 de la Corte Constitucional que, las consideraciones expuestas en dicha providencia para resolver el caso particular se fundamentan en el análisis del alcance y contenido de las definiciones de *adiciones contractuales* y *contratos adicionales* a la luz de la ley, teniendo en cuenta la posición de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia vigente para el momento de los hechos, que se remiten al año 2004. Según lo expuesto en dicha sentencia, la posición establecida para ese momento indicaba que para agregar ítems

³⁴ Sobre el particular resultan pertinentes las consideraciones efectuadas en el mismo sentido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto del 13 de agosto de 2009, rad. 1.952, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo y por la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012.





o actividades no pactadas en los contratos a precios unitarios, implicaba modificar el objeto del contrato por lo que era necesario celebrar nuevo contrato denominado *contrato adicional*.

Lo anterior se colige de varios apartes de la sentencia, principalmente lo señalado en el numeral 306 que indica que “La Sala reconoce que en la jurisprudencia y la doctrina han existido diferentes posturas sobre si el objeto de un contrato de obra puede o no ser reformado mediante una simple adición o si ello, por el contrato, exige la celebración de un nuevo contrato producto de un proceso de selección y contratación propio. Ello quedó evidenciado al hacer el recuento jurisprudencial y doctrinal en la materia, en el acápite K) de esta providencia. *Sin embargo, la solución del caso sub examine, exige determinar cuál era el estado del arte, al momento de los hechos*, es decir, para el 30 de agosto de 2004, fecha en la que el demandante suscribió el adicional No. 2” (Cursivas por fuera de texto).

Asimismo, en el numeral 307 de la sentencia se señala que “*para el momento de los hechos*, en la jurisprudencia del Consejo de Estado ya existía claridad sobre que (i) pactar nuevos ítems, en los contratos a precios unitarios, representa una modificación del objeto contractual; (ii) la modificación del objeto es una modificación de fondo y, no accesoria, del contrato; por lo que (iii) debe formalizarse mediante un nuevo contrato» (Énfasis por fuera de texto). De igual manera, el numeral 349 reitera que «*para el mes de agosto de 2004*, fecha en la que el demandante suscribió el Adicional No. 2, la jurisprudencia del Consejo de Estado ya había señalado que, en los contratos pactados por el sistema de precios unitarios agregar ítems o actividades no pactados en el contrato, implica modificar el objeto del contrato, por lo que ello debía hacerse mediante nuevo contrato denominado “contrato adicional”». (Cursivas por fuera de texto).

Así las cosas, es posible colegir que la interpretación que realiza la Sentencia SU 214 del 16 de junio de 2022 en relación con la celebración de un contrato nuevo cuando se pretenda adicionar ítems o actividades al contrato, debe entenderse en el contexto histórico del momento de los hechos, es decir, del año 2004, época en la que la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia sostenían la necesidad de suscribir un contrato nuevo en estos casos. Lo anterior, sin desconocer la posición actual de la materia en la jurisprudencia según la cual, como se explicó, es procedente las modificaciones del contrato para ampliar las prestaciones contractuales, mediante la ejecución de nuevos ítems o actividades siempre que no se afecté el núcleo esencial del objeto y teniendo en cuenta las limitaciones sobre el particular.

Además, sin perjuicio de otro análisis válido, se considera que la unificación de la Sentencia SU 214 del 16 de junio de 2022 está relacionada con el alcance de la acción de tutela contra providencia judicial en el que se analiza el *defecto por violación directa a la Constitución*





por desconocer el principio de interpretación³⁵. Ello supone estudiar las posiciones interpretativas expresadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia sobre el contenido y alcance del concepto de *contrato adicional*, teniendo en cuenta los hechos que versan sobre esa materia y en atención al momento en el cual ocurrieron los hechos.

2.4 Excepciones al límite de adición de los contratos estatales

Actualmente existe una posibilidad para adicionar contratos estatales en más del cincuenta por ciento (50%), que es la contenida en el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011, al cual se refiere en su consulta, para los contratos de interventoría que, por su naturaleza de seguimiento técnico a otro contrato estatal, podrá prorrogarse por el plazo en que haya sido prorrogado el contrato objeto de vigilancia, sin que resulte aplicable el tope establecido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en relación con el monto de las eventuales adiciones. La disposición de la Ley 1474 de 2011 pretende fortalecer la figura de la interventoría, como una herramienta integral, para proteger los intereses públicos y evitar que se cause un eventual daño antijurídico al abandonar la vigilancia del contrato principal, por limitaciones en cuanto al monto de sus posibles adiciones.

En este sentido, en los casos en que se requiera adicionar un contrato que tenga por objeto la interventoría de otro contrato, por cuanto el contrato objeto de vigilancia no ha concluido, ya sea porque fue suspendido el plazo o porque se amplió el plazo de ejecución, la situación se regirá por una norma especial, contenida en el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011. Dicha norma establece:

“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.

³⁵ En efecto, en el numeral 67 de la sentencia se indica que “El 25 de febrero de 2022, se presentó informe a la Sala Plena de la Corte Constitucional, para que decidiera si asumía o no el conocimiento del proceso. Esto, habida cuenta que (i) se trata de una tutela que busca dejar sin efectos una sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; y que (ii) podría exigir de una sentencia de unificación para decidir sobre la posible configuración del defecto que el apoderado del accionante denominó “violación directa de la Constitución por desconocimiento del principio de interpretación conforme a la Constitución”, puesto que en la jurisprudencia de las Cortes existe disparidad de criterios sobre el contenido y alcance de una adición contractual en los términos del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993”.





Parágrafo. Para la ejecución de los contratos de interventoría es obligatoria la constitución y aprobación de la garantía de cumplimiento hasta por el mismo término de la garantía de estabilidad del contrato principal; el Gobierno Nacional regulará la materia. En este evento podrá darse aplicación al artículo 7° de la Ley 1150, en cuanto a la posibilidad de que la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato” (Cursiva fuera de texto).

Este supuesto normativo, que materializa la “continuidad de la interventoría”, establece una excepción a la regla general de adición de los contratos estatales, en la medida en que no se tendrá en cuenta el límite del cincuenta por ciento (50%) del valor inicial del contrato, siempre que se trate de adicionar un contrato cuyo objeto corresponda al de interventoría, en los términos explicados. De esta manera, la doctrina ha manifestado sobre esta disposición que “el artículo 85 no contiene impedimento para adicionar sin límite el contrato de interventoría, con una ventaja adicional: que puede ser para cualquier objeto de contrato que haya requerido contratar externamente la interventoría”³⁶.

La disposición anterior tiene como finalidad que se mantenga la vigilancia frente a la ejecución de los contratos estatales, mediante el mecanismo especializado de la interventoría, sin que este seguimiento sea afectado por el tope establecido en el inciso segundo del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. En tal sentido, la excepción se establece de forma especial frente a un objeto contractual específico, que hace parte de la tipología contractual de la consultoría, consistente en que se trate de un contrato de interventoría. De esta manera, independientemente de la modalidad de selección o del sujeto con quien se celebre el contrato de interventoría aplica la norma especial del artículo 85 de la Ley 1474 de 2011. En todo caso, la entidad estatal debe garantizar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal al momento de autorizar las adiciones de los contratos de interventoría.

Por otra parte, en relación con la excepción al límite de la adición de los contratos estatales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante concepto del 6 de junio de 2018 señaló que además de los contratos de interventoría, también podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) en estos dos eventos: i) cuando en un contrato de obra se pacte el mecanismo de ajuste de precios y ii) por el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Al respecto manifestó lo siguiente:

³⁶ MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública: reforma de la Ley 80 de 1993. 4ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 971





“Existen, además, otras situaciones jurídicas que se presenta en materia contractual y que afectan el valor del contrato, pero que de conformidad con la Ley y la jurisprudencia tampoco están sujetas al límite cuantitativo del 50% del valor inicial del contrato. Estas son: i) cuando en un contrato de obra pública se pactaron mecanismos de ajustes de precios, (ii) por restablecimiento del equilibrio económico del contrato, siempre y cuando exista plena prueba que acredite los requisitos para proceder al restablecimiento y (iii) en los contratos de interventoría, cuando se den las situaciones previstas en la ley”³⁷.

En línea con lo anterior, la doctrina ha indicado que el reajuste de precios no “busca una modificación del contrato, como es propio de los contratos adicionales, sino su preservación en las condiciones iniciales, frente a las fluctuaciones que pueden tener los valores de los insumos del objeto contractual”³⁸. Así, en este evento no se produce modificaciones sino la aplicación del mecanismo de reajuste pactado en el contrato.

En relación con el restablecimiento del equilibrio económico del contrato señala la doctrina que, a diferencia de los contratos adicionales que suponen previsiones presupuestal para su perfeccionamiento, de conformidad con el artículo 25.4 de la Ley 80 de 1993, ante los eventos de alteración sobreviniente de la ecuación contractual inicial “el mismo artículo prevé utilizar las apropiaciones presupuestales globales que debe incluir las entidades en sus presupuestos anuales para hacer frente a los costos contractuales imprevistos (art. 25.4) y, si ello no es suficiente, las entidades debe adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectividad de los pagos en la misma vigencia fiscal o la siguiente”³⁹. Y agrega que este reconocimiento podrá realizarse en la liquidación del contrato que no constituye una adición a este.

En conclusión, en la actualidad solo se encuentra establecida una excepción legal expresa para adicionar contratos estatales en más del cincuenta por ciento (50%), que es la contenida en el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011 para los contratos de interventoría, como se explicó en los párrafos precedentes. Por otro lado, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y la doctrina indican que esta excepción también procede en el contrato de obra cuando se aplique el mecanismo de reajustes pactado y en el evento de restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

³⁷ Concepto del 6 de julio de 2018. Radicación Nro. 2369. C.P.: Osar Darío Amaya Navas.

³⁸ BENAVIDES, José Luis. Contratos Públicos: Estudios. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 362

³⁹ Ibíd. P. 364





3. Respuesta

“[...] solicito el favor se aclare si los contratos de interventoría que se suscriban por un término específico por factor multiplicador en atención a las normas transcritas, pueden ser adicional por encima del 50% del valor inicial si el término de prórroga del contrato principal y del contrato de interventoría supera el 50% del término inicialmente pactado. [...]”.

Tal como se expuso en el presente concepto, frente a cualquier incremento del valor inicial del contrato, que implica una adición por mayores cantidades o ítems no previstos, aplica el límite previsto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según el cual: “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”. Ahora bien, frente a la consulta planteada, es menester indicar que, en la actualidad solo se encuentra establecida una excepción legal expresa para adicionar contratos estatales en más del cincuenta por ciento (50%), que 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 a otro contrato estatal, podrán prorrogarse por el plazo en que haya sido prorrogado el contrato objeto de vigilancia, sin que resulte aplicable el tope establecido en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en relación con el monto de las eventuales adiciones. En este sentido, en los casos en que se requiera adicionar un contrato que tenga por objeto la interventoría de otro contrato, por cuanto el contrato objeto de vigilancia no ha concluido, ya sea porque fue suspendido el plazo o porque se amplió el plazo de ejecución, la situación se regirá por la norma especial, contenida en el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011.

La disposición anterior tiene como finalidad que se mantenga la vigilancia frente a la ejecución de los contratos estatales, mediante el mecanismo especializado de la interventoría, sin que este seguimiento sea afectado por el tope establecido en el inciso segundo del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. En tal sentido, la excepción se establece de forma especial frente a un objeto contractual específico, que hace parte de la tipología contractual de la consultoría, consistente en que se trate de un contrato de interventoría. De esta manera, independientemente de la modalidad de selección o del sujeto con quien se celebre el contrato de interventoría aplica la norma especial del artículo 85 de la Ley 1474 de 2011. En todo caso, la entidad estatal debe garantizar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal al momento de autorizar las adiciones de los contratos de interventoría.



Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

Finalmente, en relación con la excepción al límite de la adición de los contratos estatales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante concepto del 6 de junio de 2018 señaló que además de los contratos de interventoría, también podrán adicionarse en más del 50% en estos dos eventos: i) cuando en un contrato de obra se pacte el mecanismo de ajuste de precios y ii) por el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró:	Diana Lucía Saavedra Castañeda Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó:	Alejandro Sarmiento Cantillo Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó:	Nohelia del Carmen Zawady Palacio Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE



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