



Bogotá D.C., 28 de diciembre de 2022



Colombia Compra Eficiente

Rad No. RS20221228015498

Anexos: No Con copia: No

Fecha: 28/12/2022 15:32:26



Señor

Juan Diego Torres Alfonso

juditoalf@gmail.com

**Concepto C – 935 de
2022**

Temas:

CONTRATO ESTATAL – Perfeccionamiento – Requisitos /
MODIFICACIÓN DEL CONTRATO – Límites – / CONTRATO
ADICIONAL – Noción / ADICIÓN – Noción / ADICIÓN – Limite

Radicación:

Respuesta a la consulta P20221201011916

Respetado señor Torres:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la consulta realizada por usted el 1 de diciembre de 2022.

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



En su consulta usted solicita respuesta a las siguientes preguntas:

1. ¿Cuál (sic) es la diferencia entre contrato adicional y adición al contrato estatal?
2. ¿Cuáles (sic) son los requisitos de perfeccionamiento del contrato adicional?
3. ¿Cuales (sic) son los requisitos de perfeccionamiento de una adición?
4. ¿El contrato adicional es un negocio jurídico totalmente independiente del contrato principal? En caso de ser afirmativa la respuesta, ¿Requiere del adelantamiento de un proceso de selección?».

2. Consideraciones

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

La competencia de la Agencia se fijó con límites claros, con el objeto de evitar que actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta prerrogativa de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías o recomendaciones sobre casos puntuales.

De esta manera, la Subdirección resolverá su consulta conforme con las normas generales en materia de contratación estatal, para lo cual, –dentro de los límites de sus atribuciones– se analizarán los siguientes temas: (i) el contrato estatal y sus requisitos de perfeccionamiento, (ii) concepto de adición del contrato y contrato adicional y (iii) respuesta a los interrogantes formulados.

2.1. Contrato Estatal. Requisitos de Perfeccionamiento

De acuerdo con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 son contratos estatales «todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación[...]». Disposición que se armoniza con lo consagrado en el artículo 40 de esta





Ley, en concordancia con el artículo 1495 del Código Civil¹, que indica que:

«Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.»

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

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.»²

En complemento de estos dos mandatos legales, y en aras de determinar, a veces del artículo 1501 del Código Civil², los elementos de la esencia que diferencian un contrato estatal de otro acuerdo de voluntades que no lo es, pertinente es hacer referencia a dos aspectos: el primero, hace alusión a que al menos una de las partes de la relación comercial sea una entidad estatal, en los términos definidos en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 y, segundo, el fin que se persigue cuando se suscriben este tipo de convenciones, fin contemplado en el artículo 3 de la misma Ley³

Expresado lo anterior, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 menciona tanto los requisitos de perfeccionamiento como de ejecución del contrato estatal. En relación con los primeros, estos deben satisfacerse en aras de que el acuerdo de voluntades nazca a la vida jurídica, en otras palabras, sin su materialización este no existe. El referido artículo dice: «Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito».

Esta locución tiene imprecisiones que es conveniente aclarar con miras a evitar equívocos. No es cierto que para el momento del perfeccionamiento las partes se pongan de acuerdo en el precio y el objeto, por cuanto sobre estos dos aspectos ya ha habido una definición previa a dicho instante. En efecto, el objeto, con su alcance y características particulares, quedó circunscrito en el pliego de condiciones definitivo y el precio en la oferta presentada por el proponente seleccionado. Así, no se puede entender, desde ningún punto de vista, que a la firma del negocio

¹ «Contrato o convención es un acto jurídico por el cual una parte se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa...»

² «Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales»

³ «Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones».





jurídico se reabre un debate sobre elementos tan importantes y relevantes como son el precio y el objeto.

En virtud de lo anterior, los requisitos para el perfeccionamiento del contrato son dos, a saber, (i) que este se eleve a escrito, esto significa que el negocio jurídico es solemne⁴. No es necesario hacerlo por escritura pública, salvo que esté de por medio la transacción con un bien inmueble o sujeto a algún registro especial. El segundo de los requisitos, no mencionado en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, pero aplicable por expresa remisión del artículo 13 de esta misma Ley, es que el documento esté firmado, tal como lo dispone el artículo 826 del Código de Comercio⁵.

Una vez se cumplan estas dos exigencias el contrato estatal nace a la vida jurídica; sin embargo, esto no implica que pueda ejecutarse, ya que el mismo artículo 41 menciona que para que ello sea factible es necesario satisfacer ciertos requisitos como son: (i) aprobación de las garantías, (ii) expedición del registro presupuestal y (iii) certificación del contratista de estar al día con el sistema de seguridad social y parafiscales. Pueden haber otras condiciones para dar comienzo al negocio jurídico, no de índole legal sino convencional, como, por ejemplo, (i) pago de estampillas, (ii) firma del acta de inicio o (iii) el giro del anticipo.

2.2. Locución *Contrato Adicional* y Adición del Contrato. Irrelevancia de la distinción

Aunque a nivel teórico suele hacerse una diferenciación entre el contrato adicional y la adición del contrato, en el plano estrictamente jurídico tal diferenciación resulta totalmente irrelevante desde la expedición de la Ley 80 de 1993, que desechó la redacción contenida en el artículo 58 del Decreto-Ley 222 de 1983⁶ que incorporaba el concepto de contrato adicional aplicable en los casos en que las partes convenían la modificación del precio o plazo del acuerdo de voluntades.

Esta aproximación normativa generó un amplio debate a nivel jurisprudencial ya que bajo la perspectiva judicial, tal como lo trae a colación una reciente sentencia de la Corte Constitucional en sede de tutela⁷, el legislador le habría otorgado, erróneamente, el calificativo de contrato adicional a simples cambios de forma como son el precio y el plazo, cuando lo correcto era que dicha figura estuviera reserva para modificaciones de fondo como sería la concerniente con el objeto del acuerdo de voluntades. Al respecto dijo:

«De la lectura de esta norma se deduce claramente que el legislador extraordinario denominó equivocadamente contratos adicionales a las

⁴ Existe una excepción temporal tratándose de contratos que se celebran bajo el amparo de la urgencia manifiesta; sin embargo, una vez superada la situación que la originó, el contrato debe plasmarse en un documento escrito.

⁵ «Cuando la ley exija que un acto o contrato conste por escrito bastará el instrumento privado con las firmas autógrafas de los suscriptores. Por firma se entiende la expresión del nombre del suscriptor o de alguno de los elementos que la integren o de un signo o símbolo empleado como medio de identificación personal»

⁶ «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».

⁷ SU 214 de 2022. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar.





modificaciones del plazo y del valor de los contratos administrativos, pues estas son simples reformas que no implican cambio radical en el contrato.

Sólo cuando se hace necesario reformar el objeto del contrato se está frente a la celebración de verdaderos contratos adicionales, porque ello implica una modificación fundamental del convenio inicial. Por lo mismo, debe entenderse que cuando la norma se refiere a la celebración de un contrato adicional por modificación del plazo o del valor se está frente a una mera reforma del contrato. Y que se celebra un contrato adicional cuando las partes contratantes acuerdan una modificación del objeto, del plazo y del valor del contrato; como por ejemplo cuando en un contrato de obras públicas se pacta la construcción de un determinado tramo de una carretera y una vez en ejecución se determina que el tramo debe ampliarse; ese cambio obviamente redundará en la modificación del objeto, del plazo y del valor del contrato principal, lo que conlleva necesariamente la celebración de un contrato adicional» (subrayado fuera del texto original)

De lo expuesto se colige que, desde antes de la Ley 80 de 1993, la doctrina del Consejo de Estado diferenció el “contrato adicional” de una simple modificación del contrato. Para el efecto, aclaró que los cambios en el plazo y en el valor del contrato eran «simples reformas» del contrato original”, a diferencia de los cambios en el objeto, los cuales, en todo caso exigían de un «contrato adicional» al que también se le denominó “contrato nuevo”.

En síntesis, para el momento previo a la expedición de la Ley 80 de 1993 la jurisprudencia reservaba el concepto de contrato adicional para aquellos eventos en los cuales fuera necesario modificar el objeto del contrato, en tanto y en cuanto la locución adición del contrato, la utilizaba para casos en los que se requería hacer cambios formales al texto convencional.

Como ya se advirtió al inicio de este apartado, la Ley 80 de 1993 no incluyó ninguna previsión normativa que diera cuenta, a partir del contenido de la modificación que se incorporara -fuera esta sustancial o meramente formal- si ello era un contrato adicional o una adición del contrato, limitándose a expresar, en el segundo inciso del párrafo del artículo 40, que: «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales».

Al respecto, la sentencia de la Corte Constitucional⁸ arriba citada indicó: «Como se evidencia, la disposición en cita no especificó los elementos sobre los cuales puede hacerse la adición, aunque, sí mantuvo un límite: la adición no puede efectuarse en más del

⁸ Op. Cit





cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales. Así pues, la Ley 80 de 1993 no definió, de manera expresa, lo que es una adición al contrato original, ni efectuó su distinción conceptual de los contratos adicionales». (Negrilla fuera de texto)

En este contexto, la Ley 80 de 1993 no impuso ninguna regla para efectos de distinguir entre una modificación sustancial, como podría ser algún ajuste en el objeto del contrato, de otra meramente formal, por ejemplo introducir una cláusula compromisoria, y dio plena libertad a las partes para nominar el documento contentivo del cambio o novedad, motivo por el cual hoy podemos observar una amplia gama de títulos tales como: otrosí, contrato adicional, modificatorio, acta de entendimiento, etc., sin que ninguno de ellos esté limitado a una materia o alcance específico, salvo lo relativo con el monto máximo de dinero que se permite adicionar.

Se ha mencionado que el límite para modificar el contrato, cuantitativamente hablando, quedó plasmado en el inciso segundo del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993; sin embargo, tal límite, en lo relacionado con su aspecto cualitativo, no está establecido expresamente, razón por la cual ha sido objeto de debate y por supuesto de controversia. Aun cuando este asunto no es tema de la consulta realizada, consideramos pertinente reiterar la postura de la Agencia sobre la materia, la cual se expuso en el Concepto 824 de 2022, el que ahora se reproduce parcialmente, pero que invitamos a consultarlo en su integralidad.

«Conforme a la regulación legal y a la interpretación actual 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. Así las cosas, 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.

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»⁹.

En síntesis con total y absoluta independencia del nombre con el cual se quiera designar el documento modificadorio del contrato: otrosí, contrato adicional, contrato complementario, acta de entendimiento, etc., lo cierto es que las partes, dependiendo del contenido del mismo, deberán atenerse a unos límites cualitativos y cuantitativos en aras de observar el ordenamiento jurídico y los principios que rigen la contratación estatal.

La anterior afirmación conlleva a la siguiente disertación. En los casos en los cuales la modificación al contrato, en particular a su objeto, implique un cambio, entendido por esto que resulte totalmente diferente al que fuera materia del proceso de selección como sería, a guisa de ejemplo, si se contrató sillas de madera y ahora se requiere de metal, no es procedente la suscripción de un documento que diera cuenta de dicho cambio, pues ello violaría, entre otros, los principios de selección objetiva y de libre concurrencia; sin embargo, siguiendo con el mismo supuesto fáctico, si lo que se pretende es incluir en la silla de madera unos topes de caucho para proteger el piso, ello es viable siempre y cuando, se recuerda, no se sobrepase el límite fijado en el inciso 2 del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Para concluir este apartado, y aunque la lógica guía la secuencia argumentativa, es preciso resaltar que el documento modificadorio deberá cumplir los mismos requisitos para su perfeccionamiento que en su momento satisfizo el contrato principal, esto es, (i) constar por escrito y (ii) firmado por los representantes legales de ambas partes. Sobre este asunto el Consejo de Estado⁹ ha expresado que «La Sala recuerda que es necesario que exista una modificación para que se condene a una entidad contratante a pagar obras adicionales. Ello es así, puesto que solamente con la modificación se entiende que el contratista tiene la obligación de ejecutarlas y la entidad la correlativa obligación de pagarlas. Esta es una consecuencia de la solemnidad que se exige para los contratos estatales y sus modificaciones; deben constar por escrito».

3. Respuestas

⁹ Expediente 61641. M.P. Alberto Montaña Plata.





«1. ¿Cual (sic) es la diferencia entre contrato adicional y adición al contrato estatal?»

Antes de la expedición de la Ley 80 de 1993 la jurisprudencia, al amparo de lo normado en el artículo 58 del Decreto- Ley 222 de 1983, consideró que el contrato adicional era requerido paratodos los eventos que implicaran la modificación del objeto del negocio jurídico pactado, en tanto que la adición al contrato se empleaba para las demás situaciones que conllevaran cambios menores o de forma.

Esta distinción no se mantuvo con la Ley 80 de 1993 ya que la misma no hizo una bifurcación entre cambios de fondo y de forma ni tampoco en la nomenclatura que debía utilizarse, dejando en libertad a los operadores contractuales su denominación. Lo anterior no implica, de ninguna manera, que no existan límites a la modificación de los contratos estatales, por cuanto el inciso segundo del parágrafo del artículo 40 de la pluricitada ley fijó uno de carácter cuantitativo, esto es, que no es posible adicionar el valor del acuerdo de voluntades por encima del cincuentapor ciento (50 %) de su valor inicial expresado en salarios mínimos legales vigentes. Asimismo, la jurisprudencia ha edificado otra talanquera, esta de orden cualitativo, según la cual no es viable suscribir un documento que cambie de manera sustancial el objeto del contrato, por cuanto ello violaría los principios de selección objetiva y libre concurrencia.

«2. ¿Cuales (sic) son los requisitos de perfeccionamiento del contrato adicional?»

3. ¿Cuales (sic) son los requisitos de perfeccionamiento de una adición?»

4. ¿Cuales (sic) son los requisitos de perfeccionamiento de una adición?»

En la medida que la Ley 80 de 1993, como se indicó en la respuesta anterior, no hace distinción entre contrato adicional y adición del contrato, los requisitos de perfeccionamiento de cualquier documento, con total y absoluta independencia de su denominación que modifique el contrato original, serán los que en su momento tuvieron que cumplir las partes cuando firmaron el acuerdo de voluntades inicial, estos son que (i) conste por escrito y (ii) sea firmado por los representantes legales, en caso de personas jurídicas, o por la persona natural que goce de la capacidad de ejercicio.

«4. ¿El contrato adicional es un negocio jurídico totalmente independiente del contrato principal? En caso de ser afirmativa la respuesta, ¿Requiere del adelantamiento de unproceso de selección?»

No, el contrato adicional, entendido como aquel que modifica al contrato original, no se puede concebir como independiente de este. Todo lo contrario, su existencia está ligada indefectiblemente al acuerdo de voluntades inicial, en tanto y en cuanto sin él no tendría razón alguna haber sido celebrado. En términos jurídicos, se puede tener como accesorio y por ende no será necesario acometer un proceso de selección para su materialización.





Es importante resaltar, tal como se ha hecho a lo largo de este concepto y al responder el primer interrogante planteado, que en caso de que la modificación que se pretenda hacer al acuerdo de voluntades implique un cambio sustancial en el objeto del contrato principal, la vía para hacerlo no será la celebración de un negocio jurídico adicional, sino un proceso de selección con miras a observar los principios tanto de escogencia objetiva como de libre competencia.

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

Atentamente,

*Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio*

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Felipe Hadad Alvarez
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Coordinador de GIT Estudios y Conceptos
Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
Contratista de la Subdirección 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