

CONCEPTO 30636 DE 2017

(junio 21)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Bogotá D.C

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Adición de Contratos Estatales

Respetada Doctora XXXXX:

De manera comedida procedemos a resolver la consulta allegada mediante comunicación electrónica de fecha 22 de mayo de 2017.

En atención a su comunicación remitida vía correo electrónico el 22 de mayo de 2017, SIN RADICAR, mediante el cual solicita concepto jurídico en el sentido de informo lo siguiente:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

CONCEPTO JURÍDICO

a) ANTECEDENTES

Mediante correo electrónico de fecha 22 de junio de 2017, fue puesto en nuestro conocimiento la siguiente información y consultas:

1. La posibilidad de adicionar al contrato inicial del apoyo del área de presupuesto del centro de Formación, en lo relacionado con perfil, experiencia y valor mensual. (fecha final el contrato 30/12/2017).

Es de aclarar que el perfil solicitado inicialmente es para una técnica y la adición implicaría una asignación como universitaria (5 años estudios universitarios).

2. La posibilidad de adicionar al contrato de apoyo de contratación, a quien inicialmente se le solicitó el perfil de profesional pero sus honorarios corresponden a un tecnólogo, el contrato va hasta el 15/09/2017, pero al adicionar el valor como profesional, el mismo superaría el 50%. Qué sería más razonable, liquidar el contrato inicial y hacer un nuevo contrato?

-Se deja constancia que la consulta se resuelve sin recibir anexo alguno y con la información suministrada.

b) ANÁLISIS JURÍDICO

LA ADICIÓN EN CONTRATOS

A los contratos estatales le es aplicable el principio de mutabilidad, de acuerdo con el cual se permite que se realicen modificaciones a los contratos y convenios, siempre y cuando con ellos se busque conseguir la finalidad del mismo, es decir la satisfacción del interés público⁽¹⁾.

Aquellas figuras que son constitutivas de modificación del contrato son la prórroga del contrato (plazo), la modificación propiamente dicha (alcance del contenido obligacional que no afecte el objeto) y la adición del contrato (valor). Particularmente, en lo relacionado con la adición de contratos, esta es una modificación que implica aumento en los recursos del negocio jurídico. Al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado en el siguiente sentido:

La adición del contrato puede entenderse como una modificación del mismo [...] Por tanto, la adición del contrato debe entenderse como un agregado a las cláusulas del mismo. Es un instrumento apropiado para resolver las situaciones que se presentan cuando en desarrollo de un contrato se establece la necesidad de incluir elementos no previstos expresamente en el pliego de la licitación y por ende excluidos del contrato celebrado, pero que están ligados a éste y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer. En estos casos, puede acudir a una adición del contrato inicial con las limitaciones previstas en la ley⁽²⁾.

Ahora bien, el legislador en aras de evitar el uso de la figura de la adición para que se oculten nuevos contratos o se subsanen graves errores de planeación, estableció unos limitantes dentro de la Ley [80](#) de 1993 relativos al tope máximo para realizar la adición, no obstante estos límites solo son aplicables para los convenios y contratos sometidos a la Ley [80](#) de 1993.

Así, es posible establecer que la adición funge como un instrumento para garantizar la continuidad de la ejecución cuando sea necesario incluir elementos no previstos dentro del pacto inicial. Debe resaltarse que estos elementos no previstos no pueden alterar el objeto del contrato, por cuanto, vale diferenciar la adición del contrato con la figura de contrato adicional, en la que en el primero se agrega algo nuevo sin que exista una variación del objeto contractual y en el segundo se varía el objeto contractual o se pactan obligaciones sin relación alguna con el mismo.

Vale rescatar que no debe confundirse los conceptos de contrato adicional y adición de contratos, por cuanto el primero, será un nuevo contrato, mientras el segundo es la modificación de un contrato en ejecución cuando se requiere agregarle elementos no previstos pero que son conexos con el objeto contratado y su realización indispensable para cumplir las finalidades que tuvo la entidad estatal al contratar⁽³⁾.

En efecto, no debe confundirse los conceptos de contrato adicional y adición de contratos, por cuanto el primero, será un nuevo contrato, mientras el segundo es la modificación de un contrato en ejecución cuando se requiere agregarle elementos no previstos pero que son conexos con el objeto contratado y su realización indispensable para cumplir las finalidades que tuvo la entidad estatal al contratar⁽⁴⁾.

Por otra parte, la adición como cualquier otra modificación contractual, en cumplimiento con lo dispuesto en el artículo [39](#) de la Ley 80 de 1993, es un acto revestido de solemnidad, por lo cual debe costar siempre por escrito, y en este sentido la jurisprudencia del Consejo de Estado, en fallo proferido por la Dra. Ruth Stella Correa Palacio, señaló que cualquier modificación, adición o autorización de mayores cantidades deberá constar por escrito.

Al respecto debe preverse que aunque si bien la administración se encuentra facultada para

modificar el contrato, como se vio, esta facultad no es ilimitada. Por el contrario, se encuentra legalmente dispuesta para eventos específicos, tales como aquellas situaciones en las que se trate de evitar la paralización de la ejecución del contrato o cuando la prestación del servicio público contratado se vea gravemente afectado circunstancias que no se presentan en el caso de autos.

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⁽⁵⁾.

Ahora bien, debe indicarse que si bien la adición permite una modificación, ello no obsta para desconocer el principio de planeación de la contratación, toda vez que aunque el legislador abrió una puerta con fines de garantizar la efectiva ejecución del contrato, es obligación de la administración realizar una debida planeación.

Requisitos de la adición.

Las modificaciones a los Contratos de naturaleza pública no son ajenas a los requisitos formales y sustanciales que el legislador exige a los propios contratos y la adición no es excepción para ello. A lo largo de la Jurisprudencia del Consejo de Estado, de los Conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del mismo tribunal, así como por la doctrina de los entes de control y entidades rectoras, se ha establecido una serie de requisitos y condiciones de procedibilidad de la adición, particularmente los siguientes:

a. En materia presupuestal, las obras, bienes o servicios objeto de la adición deben contar con una disponibilidad presupuestal previa y suficiente, frente al particular, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ha indicado que:

La adición de un contrato es diferente a uno nuevo, lo cual no obsta para obtener previamente el certificado de disponibilidad y la autorización para comprometer vigencias futuras en los casos que se requiera, para garantizar el valor de las obras adicionales, y asegura que éstas cuenten con un respaldo económico para su ejecución.

Encontrándose este contrato en ejecución en el último año de la correspondiente autorización de vigencias futuras, podría la entidad, al amparo de la Ley [80](#) de 1993, adicionar el contrato con recursos de la vigencia fiscal en la que se lleve a cabo dicha adición, sin que sobrepase esa anualidad. En caso de exceder ese límite temporal, se debe prever inicialmente la autorización de vigencias futuras⁽⁶⁾.

b. Las obras, bienes o servicios a adicionar deben tener relación con el objeto del contrato inicialmente celebrado, pues de lo contrario se trataría de un nuevo acuerdo entre las partes el cual debería cumplir con todos los procedimientos de selección y contratación establecidos en la Ley.

c. Así mismo, se indica que las obras, bienes o servicios nuevas deben ser indispensables para que el objeto del contrato cumpla la finalidad que motivó su celebración.

d. Finalmente, respecto al valor, debe indicarse que por disposición del Legislador (Parágrafo artículo [40](#) de la Ley 80 de 1993) el valor de la adición no puede superar el máximo del 50% del valor inicialmente pactado. Frente a éste último requisito se entrará a profundizar a continuación.

e. Que el contrato se encuentre vigente, toda vez que solo podrán ser modificados los contratos

los cuales no han finalizado, y siendo la adición una modificación es necesario que el contrato se encuentre vigente.

Sobre la adición de contratos, el párrafo del artículo [40](#) de la Ley 80 de 1993, señala una limitación al monto hasta el cual se puede adicionar el contrato, indicando así que solo podrá modificarse hasta el 50 % del valor inicial del contrato.

Artículo [40](#). Del Contenido del Contrato Estatal.

Parágrafo.- En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50 %) del valor del respectivo contrato.

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50 %) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales. (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, el Consejo de Estado al referirse sobre la adición del contrato estatal, señaló:

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 éste en salarios mínimos legales mensuales⁽⁷⁾.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos relacionados con la adición, el Manual de contratación del SENA recoge lo establecido en la normativa vigente al disponer que:

9.4 Adiciones.

Las adiciones deberán ser suscritas por el funcionario competente que celebró el contrato principal, y no podrán en ningún caso adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado en salarios mínimos legales mensuales.

Las adiciones requieren la expedición del respectivo Registro Presupuestal por el valor adicionado, la modificación de la respectiva garantía, el cumplimiento de los mismos requisitos de legalización establecidos para el contrato inicial. [...]

Por su parte el Manual de Supervisión e interventoría, realiza algunas precisiones entre las cuales, vale la pena destacar lo relativo a la metodología para determinar el 50% del valor inicial del contrato, en cuanto claramente señala que para calcular el porcentaje es necesario realizar la conversión del valor inicial a salarios mínimos legales mensuales vigentes en los siguientes términos:

Para las adiciones en valor debe darse estricto cumplimiento a lo regulado por el párrafo del artículo [40](#) de la Ley 80 de 1993, esto es, los contratos no podrán adicionarse en, más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales, salvo en el evento previsto por inciso primero del artículo [85](#) de la Ley 1474 de 2011, que señala que al prorrogarse el plazo del contrato objeto de vigilancia, el contrato de interventoría podrá ajustarse sin que resulta aplicable la limitación prevista por la citada norma. Para efectos de determinar si se observa o no el tope máximo legal de la adición, bastará con traducir el valor del contrato inicial a salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha en que se celebró el contrato, pues este último es el criterio adoptado por el artículo [24](#) de la Ley 80 de 1993.

Vale decir entonces, que la adición no se hará en términos del valor del contrato, sino de los salarios mínimos a que ascendía este; significa ello que el tope máximo de adición, no está dado por el valor del contrato, sino por su conversión a salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época en que se efectúa la adición, siendo esa la razón por la cual, en ocasiones la adición puede superar el 50% del valor contable del contrato.

Finalmente, vale la pena aclarar, que en los contratos de presentación de servicios y apoyo a la gestión, debe acatarse lo desarrollado por la Circular [190](#) de 2016, a través de la cual se imparten directrices y lineamientos para la contratación de servicios personales y su ejecución en la vigencia Año 2017.

De manera que deberá a través de la adición no podrá desconocerse la Tabla de honorarios año 2017 para contratos de prestación de servicios con personas naturales, diferentes a actividades de instructor. Adicionalmente, se aclara que siendo los honorarios establecidos en la Circular [190](#) de 2016, tope máximo, el solo cambio del contratista, por uno que tenga alguna característica de mayor perfil no justifica la adición, sino que la misma deberá justificarse a partir de la inclusión de actividades adicionales o ítems adicionales, sin modificar el objeto del contrato.

c) CONSULTAS

Respecto a las consultas realizadas es necesario indicar,

Primera consulta:

La posibilidad de adicionar al contrato inicial del apoyo del área de presupuesto del centro de Formación, en lo relacionado con perfil, experiencia y valor mensual. (fecha final el contrato 30/12/2017).

Es de aclarar que el perfil solicitado inicialmente es para una técnica y la adición implicaría una asignación como universitaria (5 años estudios universitarios).

Ante esta consulta se señala que se podrá realizar la adición siempre y cuando no se supere el 50% del valor del contrato inicial, se cuente con la disponibilidad y el registro presupuestal, y se justifique el mayor valor en actividades o servicios adicionales a los originalmente pactados, los cuales deben tener relación de conexidad y necesidad con el objeto del contrato. De manera que el mero cambio de perfil de técnico a universitario no justifica la adición, sino que será necesario que el mayor valor se represente en mayores servicios.

Segunda consulta:

2. La posibilidad de adicionar al contrato de apoyo de contratación, a quien inicialmente se le solicitó el perfil de profesional pero sus honorarios corresponden a un tecnólogo, el contrato va hasta el 15/09/2017, pero al adicionar el valor como profesional, el mismo superaría el 50%. Qué sería más razonable, liquidar el contrato inicial y hacer un nuevo contrato?

No es posible adicionar un contrato en más del 50%, salvo que se trate de un contrato de interventoría, toda vez que ello contravendría una norma de orden superior, como lo es la Ley [80](#) de 1993.

En cuanto al cambio de perfil se reitera la respuesta anterior, en el sentido que el mero cambio del contratista no es razón suficiente para realizar la adición, sino que el mayor valor del contrato

deberá representarse en servicios adicionales.

Así mismo, en los contratos de presentación de servicios y apoyo a la gestión, debe acatarse lo desarrollado por la Circular [190](#) de 2016, a través de la cual se imparten directrices y lineamientos para la contratación de servicios personales y su ejecución en la vigencia Año 2017.

De manera que deberá a través de la adición no podrá desconocerse la Tabla de honorarios año 2017 para contratos de prestación de servicios con personas naturales, diferentes a actividades de instructor. Adicionalmente, se aclara que siendo los honorarios establecidos en la Circular [190](#) de 2016, topes máximos, el solo cambio del contratista, por uno que tenga alguna característica de mayor perfil no justifica la adición, sino que la misma deberá justificarse a partir de la inclusión de actividades adicionales o ítems adicionales (necesidades de la entidad), sin modificar el objeto del contrato.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordialmente,

Carlos Emilio Burbano

Coordinador Grupo Conceptos y Producción Normativa

Dirección Jurídica SENA

NOTAS AL FINAL:

1. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha indicado que: Por regla general, los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado, a los cuales sirve el contrato. Así lo prevén por ejemplo los artículos [14](#) y [16](#) de la Ley 80, los cuales facultan a la entidades contratantes a modificar los contratos de común acuerdo o de forma unilateral, para “(...) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”, entre otros. En el mismo sentido, en la sentencia C-949 de 2001, la Corte Constitucional señaló que las prórrogas de los contratos – como especie de modificación- pueden ser un instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal (Sentencia C – 300 de 2012,)

2. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente César Hoyos Salazar. Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998). Concepto Radicación número 1.121

3. *Ibidem*.

4. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente César Hoyos Salazar. Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998). Concepto Radicación número 1.121

5. Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado 18080 M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

6. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Concepto 1-2010-036286

7. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. Radicado 14292 M.P. María Elena Giraldo Gómez. 4 de abril de 2004.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

