

CONCEPTO 4206 DE 2017

(3 febrero)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Bogotá D.C

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Adición a contrato de obra.

En atención a su comunicación No. 8-2017-003348 del 30 de enero de 2017, donde indica:

" Solicitamos emitir concepto sobre la posibilidad de adicionar el contrato 1075 de 2015 - Obra de

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones que comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. Los conceptos de cumplimiento obligatorio o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser una aplicación de las normas jurídicas vigentes.

ANÁLISIS JURÍDICO

En primer lugar debemos ratificar lo dicho en el alcance de los conceptos jurídicos, pues la solicitud de la Coordinación solucione un problema particular y concreto de un contrato de obra, no siendo posible para los interventores o supervisores. Por este motivo, la Coordinación del Grupo de Conceptos Jurídicos y la Dirección Jurídica del SENA, se abstiene de pronunciarse sobre el caso particular y no hace pronunciamiento sobre el asunto.

Sin embargo dada la obligación de emitir conceptos orientadores, nos pronunciamos en forma general sobre los lineamientos que sirvan de criterios orientadores (no obligatorios ni vinculantes), solo para que se t

Se debe tener en cuenta que cualquier adición debe llevar el cumplimiento del principio de planeación eficiente reza:

“Las Entidades Estatales deben identificar la necesidad e incluirla en el Plan Anual de Adquisición de bienes y servicios técnicos que son los análisis necesarios para establecer la viabilidad del proyecto en cuanto corresponden a los aspectos presupuestales, (iii) establecer el impacto social, económico y ambiental, (iv) identificar los recursos requeridos para la ejecución del proyecto y (v) proyectar la gestión predial”. (Subrayado fuera de texto)

En pronunciamiento del Consejo de Estado en la sala de lo contencioso administrativo e sección tercera, por el magistrado Guerrero de Escobar en sentencia del primero de diciembre de 2008 y con radicado No. 85001-23-4

“El principio de planeación reviste la mayor importancia para garantizar la legalidad de la contratación pública con la etapa previa a la celebración del contrato y aunque dicho principio no fue definido por la Ley 80 de 1988 en sus artículos, disposiciones todas orientadas a que la Administración cuente, con anterioridad a la contratación, con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, el estudio de mercado”. (Subrayado fuera del original).

De igual manera, esta corporación en la sala de lo contencioso administrativo en la sección segunda el doctor Luis Rafael Vergara Quintero, del 20 de octubre de dos mil catorce (2014) con radicado N 00(2520-12) cita:

“De esta manera queda claro para la Sala que en materia contractual, las entidades oficiales están o principio de planeación, pues resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientes para iniciar un proceso contractual. El desconocimiento de este deber legal por parte de las entidades públicas previos, vulnera los principios generales de la contratación, en especial el de planeación y con él la responsabilidad, selección objetiva, entre otros”.

En concordancia con estos pronunciamientos, la etapa precontractual es la etapa más importante para la entidad por medio de estudios técnicos claros, serios y completos puede establecer y analizar las condiciones para solventar a raíz de un contrato, definiendo así, las calidades y aptitudes que debe tener el proponente para la selección.

En concordancia con lo anterior, el Consejo de Estado en la Sección quinta de junio de 2008 indicó:

“En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de que, para la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que se desarrolle en el marco del resultado de la improvisación, dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas contractuales de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado...”(Sentencia del 31 de agosto de 2008)

Así mismo, con pronunciamiento del Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2008:

“Las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual debe haber una elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un proceso de selección para determinar, entre muchos otros aspectos relevantes...”.

... (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades de contratación, la necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escogió; (iii) las cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc. para la cual se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de estudios técnicos, etc.; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la ejecución de la clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc. para contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración del contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, etc., para atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos para que se satisficieran, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato...”. (Subrayado fuera de texto).

Es preciso indicar que en atención a los principios de la contratación estatal, esta debe respetar en su ejecución el principio de planeación, transparencia y economía, sin embargo, es claro denotar que cuando surgen nuevos conceptos dentro de los estudios técnicos y el pliego de condiciones, se estaría tratando de actividades que atentan contra el principio de planeación.

Respecto a la adición de los contratos estatales la Ley 80 de 1993, establece en su artículo [40](#):

“... Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, en los casos de contratos de ejecución mensual, legales mensuales”.

En concepto realizado por el Consejo de Estado en concepto N° 1121 de 1998, ha establecido:

“Por tanto, la adición del contrato debe entenderse como un agregado a las cláusulas del mismo. Es las situaciones que se presentan cuando en desarrollo de un contrato se establece la necesidad de in expresamente en el pliego de la licitación y por ende excluidos del contrato celebrado, pero que est indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer. En estos casos, puede aci con las limitaciones previstas en la ley..” (Subrayado fuera de texto)

Así mismo, se debe tener en cuenta que el objeto, las obligaciones, alcance del objeto, estudios técn sobre situaciones similares a las inicialmente fueron pactadas en el contrato de obra, y que la adició una falta al principio de planeación y transparencia, así como la selección objetiva del contratista.

Es así como el consejo de Estado por medio de sentencia del 15 de julio de 2004¹¹, n manifestó:

“(…) no puede confundirse como lo ha sostenido en varias oportunidades la Sala, la adición del cor que no forman parte del objeto contractual inicialmente convenido, de las simples modificaciones e contrato pactado a precios unitarios las cuales fueron contratadas pero su estimativo inicial sobrepa inicialmente... Se destaca al respecto el fallo proferido el día 18 de julio de 2002²¹, en el cual se dió adicionales y mayores cantidades de obra ejecutada.

Vale la pena resaltar lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en

“La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato mismo. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de v obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objet

Frente a la adición del contrato cuando versa sobre obligaciones diferentes a las pactadas en el cont documentos que hacen parte integral del contrato, amenaza y atenta con la selección objetiva del cc 1150 de 2007, cita en su artículo [5](#), la forma como las entidades estatales deben realizar los procesc contratista:

“De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento r que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier cla consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización d verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de sel excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones de naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo [6](#)° de la presente ley, de acu respectiva certificación. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, me

2. Modificado por el art. [88](#), Ley 1474 de 2011. La oferta más favorable será aquella que, teniendo económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los plie resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferent documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluaciór comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios c y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utiliza como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar el precio ofertado y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultor

Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos. Los requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades antes de la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de selección solicitados hasta el momento previo a su realización”.

Selección objetiva que solo se trató para la primera parte del contrato, pero no sobre la adición que no planeadas ni contempladas en el pliego de condiciones. Igualmente no se puede evaluar si el cumplimiento de los requisitos para cumplir con la segunda parte de un proyecto que no se contempló en un estudio técnico.

El Consejo de Estado en pronunciamiento emitido por la sala de consulta y servicio civil con radicado 00000000000000000000(2148) del 23 de agosto de 2013:

“La selección objetiva es un deber -regla de conducta- en la actividad contractual, un principio que rige tanto en la licitación pública como de contratación directa, y un fin pues apunta a un resultado, cual es, la satisfacción de los intereses colectivos perseguidos con la contratación”.

La Ley 80 de 1993, en su artículo [27](#), ha mencionado la ecuación contractual en los contratos suscritos.

“De la Ecuación Contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia en el momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas ajenas al contratista, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”.

Es importante denotar que no se puede desconocer que el pliego de condiciones hace parte integral del proceso de selección, y a razón de este se realiza la planeación de costos por parte del contratista para los materiales que debe utilizar, el personal que requiere contratar y la maquinaria que requerirá en el desarrollo del proyecto.

En específico el desequilibrio económico, el Consejo de estado lo ha definido como³¹:

“(…) el contratista tiene derecho a exigir el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, cuando, por causas ajenas al contratista, sucede con cualquier actividad económica, se trata de los propios de la actividad que por lo mismo obliga a soportar las consecuencias de circunstancias imprevisibles, así fueran atribuibles al contratista, siempre que signifiquen pérdidas de ingresos o de ganancias esperadas, en condiciones de normalidad. Para efectos de la ecuación contractual, es menester diferenciar los riesgos inherentes a la ejecución y así mismo propios del negocio del contratista, en cuanto conector de la empresa que emprende, de factores ajenos, con entidad suficiente para generar pérdidas, al punto de invertir el supuesto de equidad, acorde con el cual las cosas pueden ser llevadas a cabo”.

De acuerdo a la capacidad financiera al momento de estructurar los pliegos de condiciones busca que las condiciones mínimas de liquidez y endeudamiento, condiciones que más adelante se reflejarán al cumplimiento del contrato, condiciones que no se podrán tener en cuenta en un proyecto que no se planeó y que lleva a ser imputable para la Entidad contratante.

Se deben fijar premisas genéricas en cuanto a la modificación de un contrato estatal se refiere, el al Administrativo en providencia No. de expediente D-8699 Consejero Ponente JORGE IGNACIO PI siguiente:

“En el caso colombiano, la modificación puede ser fruto de un acuerdo de voluntades o de una decisión en ejercicio de su función de dirección del contrato. En este sentido y en relación con la interpretación de Consulta aseveró:

Un comentario inicial de este artículo consiste en distinguir entre las situaciones que permiten la modificación y los procedimientos para hacerlo. Las situaciones son la paralización y la afectación grave del servicio público por común acuerdo, y el acto unilateral si no se obtiene aquel. No existe una reglamentación en la ley por la que las partes pueden convenirlo, bien sea en una cláusula del contrato o cada vez que fuere necesario. Cada una de las normas generalmente se interpreta y comenta bajo la exclusiva óptica de una potestad excepcional y los necesarios análisis de la posibilidad de convenir modificaciones. (Negrilla fuera del texto).

2.6.4 Ahora bien, como se indicó en ese concepto, el que la mutabilidad de los contratos estatales se refiera a llevarse a cabo por la mera voluntad de las partes o de la entidad contratante; por el contrario, la modificación excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica. Por ello la Corte Constitucional en su Sentencia Civil en que la modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, sustentada en los principios estatales a los que sirve la contratación estatal. La Sala de Consulta explicó:

La ley permite una cierta discrecionalidad en la toma de las decisiones de modificar los contratos, pero no de manera detalladamente el tema, en especial ante la infinidad de situaciones que pueden presentarse durante la ejecución, relativamente amplias, a las que debe someterse la administración. A manera de ejemplo, se citan los artículos 4.9 y 14 del Decreto General de Contratación de la Administración Pública: mantener las condiciones técnicas, económicas y de calidad, evitar la sobrevenida mayor onerosidad, (artículo 4.9), acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para evitar las diferencias, (ibídem), evitar la paralización y la afectación grave de los servicios públicos a su carga, garantizar la adecuada prestación, (artículo 14); etc. Nótese que, sin embargo, en ellas van inmersas las ideas de que hay que salvaguardar.”

Así las cosas, si se acepta que la modificación a suscribir deviene de la mera voluntad de cualquiera de las partes, para tal efecto una causa que justifique un hecho de necesaria ejecución, no planeado en la fase precontractiva, evidentemente afectará la ecuación económica y sinalagmática del contrato, sería consecuente aceptar que la modificación fuera de los aspectos técnicos contratados so pretexto de ahorrar tiempos de ejecución y costos del contrato, rebasa de lejos lo inicialmente contratado y planeado pudiendo de esta manera crearse un perjuicio para el cual esta instancia no es la competente ni apropiada para manifestarse.

No obstante vale la pena mencionar que dentro de los documentos de solicitud de concepto, no se permite la modificación para adicionar este contrato, ni recomendación alguna por parte del supervisor. Así las cosas se entiende que la modificación de adición de recursos ni obligaciones diferentes a las pactadas en el contrato en ejecución.

La guía de Colombia Compra Eficiente para los Procesos de Contratación de obra pública⁴¹:

“Las Entidades Estatales están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución de las obras y contratar un supervisor o interventor, según corresponda. La supervisión es el seguimiento técnico, administrativo y financiero que la Entidad Estatal la ejerce directamente. La interventoría es el seguimiento técnico especializado que se realiza por una entidad diferente a la Entidad Estatal. La interventoría también puede incluir la obligación de realizar la supervisión contable, administrativa y jurídica. El supervisor e interventor deben exigir el cumplimiento de los requisitos de la obra y certificar el recibo a satisfacción únicamente cuando la obra ha sido ejecutada a cabalidad”.

Se aclara igualmente que la decisión de adicionar o no el contrato para ejecutar la obra, debe estar sustentada en los principios de planeación y seguridad jurídica.

financiero emitido por la interventoría, así como la justificación del supervisor del contrato para reindicado por el H consejo de Estado en el expediente D-8699 Consejero Ponente JORGE IGNACIO

El presente concepto tiene el efecto determinado en el artículo [28](#) la Ley 1755 de 2015, el cual sust

Atentamente,

Carlos Emilio Burbano

Coordinador Grupo Conceptos y Producción Normativa

Dirección Jurídica SENA

NOTAS AL FINAL:

1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 15 de Giraldo Gómez. Exp. 76001-23-31-000-2002-1164-02(AP).

2. “[13] Expediente 22.178. Actor: Unión Temporal Hidrocaña. En el mismo sentido ver fallo dicta Radicación: 07001-23-31-000-1997-0132-01. Actor: JOSÉ TOMAS ARIAS PINZÓN.. Demandad interno: 14.292”.

3. Consejo de Estado. Sentencia del 6 de diciembre de 2013. MP. Stella Conto Díaz del Castillo. E

4. Colombia Compra Eficiente, página web visitada el día 1 de febrero de 2017, dirección: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140708_guia_para_los_procesos



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)