

CONCEPTO 18650 DE 2024

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Bogotá D.C.

Estimado

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Regional Caquetá

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA–

E-mail: XXXXXXXXXXXX@sena.edu.co

Asunto: Respuesta a la consulta “Ítems no previstos en contratos de suministro”

Cordial saludo,

En respuesta a comunicaciones remitidas mediante correo electrónico de fecha 06/02/2024 y radicado CI 18-9-2024-001002 del 07/03/2024 por medio de la cual solicita concepto bajo el asunto de la referencia. La Coordinación Nacional de Producción Normativa y Conceptos Jurídicos de la Dirección Jurídica del SENA tiene competencia para resolver la petición sobre los lineamientos en contratación pública, quien tiene la función sobre la materia en cuestión, conforme al numeral 8 del artículo [16](#) del Decreto 249 de 2004 y resolución 1-00264 de 2024.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

De la petición se distingue que la regional ha implementado un procedimiento en los contratos de suministro para establecer el valor de ítems no previstos que no fueron pronosticados en los estudios del sector o mercado. En atención a dicha circunstancia se procede resolver la pregunta que formula:

1. “... aclarar si es viable incluir este procedimiento entendiendo que a lo largo de la ejecución de un contrato pueden presentarse novedades o ítems necesarios para la correcta satisfacción de la necesidad y que por x o y motivo no fueron previstos en la estructuración del proceso.”

Que el procedimiento que manifiesta para la incorporación de ítems no previstos, indica que:

Cuando el SENA requiera durante la ejecución del contrato el suministro de un ítem o servicio no previsto en el presente proceso y en consecuencia en la oferta económica, presentada por el contratista y que cuya finalidad sea para el cumplimiento del objeto contractual, se aplicará el siguiente procedimiento:

- El contratista, a solicitud del supervisor del contrato, cotizará el artículo solicitado especificándolo detalladamente.
- El supervisor del contrato aportará por lo menos dos (2) cotizaciones del mercado que considere adecuadas.
- Si la cotización presentada por el contratista se encuentra por encima de los valores puestos en

consideración por el Supervisor de acuerdo con la verificación, se procederá a la realización del promedio aritmético con los precios aportados por la Entidad para establecer el valor promedio del mercado (siempre y cuando sean valores promediarles, para tal efecto se aplicarán funciones que permitan verificar si los datos son aptos para promedio), el valor que resulte será de obligatorio cumplimiento para el contratista.

NOTA: Cualquier solicitud de elementos y/o servicios no previstos que se requiera en ejecución del contrato deberá contar con la aprobación previa y escrita del Supervisor, quien será responsable de verificar la relación de los ítems no previstos con el objeto contractual y con la necesidad planteada en los documentos del proceso.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Es pertinente acotar previo absolver los planteamientos que, el artículo 7 de las resoluciones SENA No. [2406](#) de 2023 y [256](#) de 2024, tipifica que la ordenación del gasto está a cargo del director de cada regional, quien tiene la competencia funcional sobre las decisiones que deba tomar referente a los contratos de la unidad de contratación, escoger la modalidad de selección acertada de acuerdo con las necesidades que requiera, funcionario que tiene autonomía y potestad de dirección en los procesos competitivos. La respuesta pretende orientar la contratación de la institución con base a una visión general, jurisprudencial y normativa.

A fin de resolver cada uno de los planteamientos, se tratará previamente los siguientes asuntos: I. Planeación contractual; II. Determinación del precio del contrato; III. Selección Objetiva; IV. Modificación Contractual;

I. Planeación contractual

La actuación contractual que se realice en cada una de las dependencias del estado debe orientarse a definir las metas y objetivos que aspiran cumplir, teniendo como visión la satisfacción al interés general, utilizando los recursos eficientemente, haciendo indispensable contar con una debida planeación cimentado en los principios de función administrativa y contratación como economía, transparencia, eficacia y legalidad.

Sobre la planeación desde la óptica del principio de economía, el Consejo de Estado, Sección Tercera, subsección B, sentencia del 28 de mayo de 2012, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicado interno No. 21489, señaló que:

“El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden.”

La planeación estatal orienta a la administración sobre la conveniencia para realizar adquisiciones utilizando el buen y correcto uso del patrimonio público, determinando el ¿Qué y Por qué se requiere comprar?, ¿Cómo se va a comprar?, ¿Cuáles son los precios del mercado?,

para establecer hasta que monto está dispuesto a pagar la entidad por el servicio o bien que pretende adquirir, de acuerdo con la equivalencia de las prestaciones. La buena administración es guiada para planear cada uno de los rubros que pretende costear de acuerdo con las necesidades del servicio.

La planeación se concreta con la elaboración y expedición de los estudios previos en donde se distinguen las necesidades y justificación de compra desde el punto de vista, técnico, jurídico y financiero, la modalidad de selección adecuada, las condiciones de los bienes y servicios que se pretenden comprar, el precio, los riesgos previsibles, en consonancia a la Constitución Política⁽¹⁾, Ley 80 de 1993⁽²⁾, Ley 1150 de 2007⁽³⁾, Ley 1437 de 2011⁽⁴⁾, Decreto 1082 de 2015⁽⁵⁾, y normas complementarias y modificatorias.

II. Determinación del precio de contrato

Desde la fase precontractual la estimación del presupuesto hace parte del valor destinado para cumplir con las necesidades públicas requeridas, estimadas bajo el análisis del sector y mercado. El precio o valor se establece de acuerdo con la prestación del objeto a convenir cimentado en los costos en que incurra el contratista y su utilidad, situación que se analiza en cada caso particular para establecer la retribución de las prestaciones que cumplan con las características demandadas, y surtido el proceso competitivo luego de comparar las ofertas.

La metodología para establecer el precio comprende una variedad de alternativas que dependen de la actividad mercantil y técnicas que empleen los estructuradores de cada proyecto con criterios discrecionales razonables, ponderables y objetivos⁽⁶⁾, precio que posteriormente es concertado entre la entidad pública y el contratista de acuerdo con los bienes o servicios que se vayan a adquirir, conforme al artículo 1864 del Código Civil Colombiano y la autónoma decisión de obligarse cada parte.

El precio que cancele la administración está atado a retribuir las prestaciones que cumplan con los requisitos demandados en cada compra pública, resaltando la conmutatividad del contrato cimentado en la ecuación económica del negocio, condiciones que se deben conservar durante la vigencia del contrato⁽⁷⁾.

III. Selección objetiva

El artículo 5 de la ley 1150 de 2007, tipifica que la selección objetiva es:

“Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. (...)”

El numeral 2 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, sobre las reglas previstas en el pliego de condiciones, tipifica que:

“2o. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta Ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.”

El proyecto de ley 20 del Senado del año 2005, que dio origen a la ley [1150](#) de 2007, en su exposición de motivos sobre el artículo 5, conforme a la Gaceta del Congreso No. 458 del 1 de agosto de 2005, indicó lo siguiente:

“En el artículo 5o y como complemento al rediseño de las modalidades de selección, se propone una nueva redacción y contenido para el deber de selección objetiva que tiene como objetivo principal la depuración de los factores de escogencia en los procesos de selección, de tal manera que **se privilegien las condiciones técnicas y económicas de la oferta, y la valoración de las ofertas se concentre en dichos aspectos.**” (Subraya y negrilla fuera del texto)

La selección objetiva es un pilar fundamental en materia de contratación estatal, ya que se pretende garantizar la escogencia de la mejor oferta en pro de satisfacer las necesidades de la entidad, excluyendo factores subjetivos o particulares, determinando que los factores para comparación de ofertas se ciñan en aspectos técnicos y económicos de la oferta como regla general.

A la presentación de las ofertas, y aún desde la celebración del negocio jurídico, por regla general los pliegos de condiciones se caracterizan por su intangibilidad para ser modificados⁽⁸⁾, ya que el uso inadecuado del otro sí contractual puede poner en riesgo el principio de legalidad y selección objetiva que caracteriza a los procesos de selección, al incluir elementos o características que no fueron puestos en consideración con las personas que concurren al proceso competitivo o que pudieron haber participado.

IV. El contrato y sus adiciones

Respecto de este concepto, lo primero que se debe señalar es que el contrato estatal busca satisfacer las necesidades y prioridades que demanda el interés público con el fin de garantizar el interés general, la realización efectiva de las obligaciones pactadas y, esencialmente, dar cumplimiento a los fines del estado consagrados en el artículo [2](#) de la Carta Política.

De otro lado, y a pesar de la diversidad de posturas y de interpretaciones que han surgido en torno a los conceptos de “adición” y “contrato adicional”, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, como autoridad especializada en asuntos contractuales, ha señalado que una adición contractual es una mera adición de algo accesorio al contrato. Por ende, no existe variación del objeto contractual.

En igual sentido, la Sección Quinta, al decidir casos de nulidades electorales ha señalado sobre las adiciones contractuales y los contratos adicionales que “La adición contractual admite incluir elementos no previstos en el pliego de condiciones y excluidos del objeto contrato, pero que guardan una estrecha relación con el mismo y se requiere para su debida ejecución”

Así pues, en relación al principio de planeación frente a la modificación del contrato estatal, es importante advertir que esta última debe ser utilizada únicamente de forma excepcional. En primer lugar, justificando adecuada y detalladamente la razón por la cual es procedente dicha modificación y, en segundo lugar, guardando la consonancia con el objeto contractual.

Colombia Compra Eficiente, compartiendo la posición que sobre las adiciones tiene el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, sobre el particular ha manifestado:

“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.” [Negrillas por fuera del texto original]

Y continua el ente rector de la contratación estatal afirmando 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.” [Negrillas ilustrativas]

Ahora bien, es importante señalar que los supervisores del contrato deben “advertir oportunamente los Riesgos que puedan afectar la eficacia del contrato y tomar las medidas necesarias para mitigarlos”, así como también “identificar las necesidades de cambio o ajuste”.

Por lo anterior, se considera que la ejecución del contrato es una actividad dinámica y no estática, pues obedece a la forma en como el mismo se desarrolle durante el plazo pactado. Luego el supervisor, mediante el ejercicio de su actividad, debe buscar el cumplimiento de los objetivos que busca la contratación y la satisfacción de la necesidad de la entidad estatal.

V. Modificación Contractual

En línea con lo expresado, el estatuto de contratación no establece la posibilidad de modificar los contratos que celebren las entidades del estado, estando el contratista obligado a cumplir con las condiciones y previsiones pactadas que obedecieron a un procedimiento de selección, sin embargo, dicha limitación no es absoluta, las cuales deben ser analizadas en cada caso particular.

En concepto No. 2263 del 17 de marzo del 2016, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, sobre la modificación del contrato estatal como excepción a la regla, indicó lo siguiente:

“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.

(...)

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

En línea con lo anterior, el concepto contempla unos elementos que deben ser constatados por las entidades previa modificación del negocio jurídico, circunstancias que deben analizadas bajo los criterios de discrecionalidad previo a tomar una decisión⁽⁹⁾:

“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. [...]

-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**” (Subrayas y negrilla fuera del texto)

En efecto, las modificaciones contractuales no pueden incidir con la esencia del objeto, el cambio de las condiciones corresponde a circunstancias imprevisibles⁽¹⁰⁾, debe justificarse la necesidad que apremia el servicio, no exceder el límite legal sobre el valor para adición de contrato⁽¹¹⁾, y que la prestación que se adiciona por situaciones de carácter técnico o económico no pueden ser adquiridas en un proceso independiente al contrato que se modifica.

Dentro de las modificaciones contractuales u otros sí, se encuentran los ítems no previstos, que corresponde a la incorporación de bienes o servicios que por estipulación en el contrato inicial no están incluidas para ser ejecutadas, las cuales requieren ser incorporadas una vez se realice un análisis minucioso sobre su procedencia. Al respecto la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del 29 de septiembre de 2011, reseño que:

“...los ítems no previstos u obras adicionales implican una modificación del objeto contractual en relación con lo que inicialmente se había pactado, la cual deben ser acordada con mayor detalle y explicitación que las mayores cantidades de obra...”

Por otra parte, en virtud de los artículo [11](#) y [12](#) de la ley 80 de 1993, y las resoluciones expedidas por el SENA No. [2406](#) de 2023 y [256](#) de 2024, para proceder a la modificación del contrato el funcionario facultado es el ordenador del gasto quien tiene la competencia para cambiar las condiciones inicialmente contratadas o funcionario con delegación para actuar.

El artículo [83](#) de la ley 1474 de 2011 tipifica que la función del supervisor consiste en el seguimiento y control al objeto del contrato, quien carece de competencia para modificar las condiciones contractuales del negocio jurídico.

Finalmente, el artículo [41](#) de la ley 80 de 1993 establece la solemnidad para la perfección del contrato estatal que su objeto como prestación este contenido en un documento escrito, situación que precede igualmente para cualquier modificación contractual.

RESPUESTA

“... aclarar si es viable incluir este procedimiento entendiendo que a lo largo de la ejecución de un contrato pueden presentarse novedades o ítems necesarios para la correcta satisfacción de la necesidad y que por x o y motivo no fueron previstos en la estructuración del proceso.

El procedimiento para la inclusión de ítems no previstos comprende solo un método para determinar el precio de la nueva contraprestación, sin embargo, la modificación contractual debe

ser elevada por escrito y suscrita por la persona competente en la entidad para determinar su contraprestación y precio, en razón a las nuevas circunstancias que se presentaron.

El documento otro sí (modificatorio) es una excepción al contrato estatal, debe valorar las circunstancias y elementos excepcionales, el uso indebido incide en la planeación de los estudios previos lo que podría conllevar a vulnerar el principio de selección objetiva que se distingue en cualquier proceso competitivo que adelante la entidad.

Es necesario se constate los siguientes elementos o justificaciones en el modificatorio al contrato:

1. Se mantenga la esencia del objeto o naturaleza del contrato, siendo inadecuado cambiar el contrato en uno distinto.
2. El cambio de las condiciones antecede y obedece a circunstancias imposibles de prever a la elaboración de los estudios previos.

La falta de planeación y situaciones que pudieron ser consideradas en el futuro próximo, corresponde a elementos de previsibilidad que son identificados y cuantificables en los estudios previos que dan origen al proceso competitivo.

3. Identificar la necesidad apremiante del bien o servicio, los objetivos, metas y alcance que se esperan satisfacer.
4. Evaluar que el valor por adicionar no exceda el 50% de su valor inicialmente pactado.
5. El bien o servicio que se adicione no puede ser adquirido en otro proceso de selección al contrato que se ejecuta, en tanto la prestación que se adiciona no se puede separar técnica o económicamente en otro negocio jurídico.

De acuerdo con lo expuesto en este documento, la entidad podría modificar un contrato inicialmente suscrito, en el sentido de adicionar ítems no previstos siempre y cuando estos guarden relación estrecha con el objeto a contratar, el mismo no supere los límites legalmente establecidos para el efecto y la modificación busque satisfacer la necesidad de la entidad, la cual solo es el medio para garantizar la realización de los fines del estado.

Los postulados analizados en el presente escrito brindan al lector un criterio auxiliar para la toma de decisiones, la respuesta a la consulta carece de efectos vinculantes y obligatorios de conformidad con el artículo [28](#) de Ley 1437 de 2011.

Cordial saludo,

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>

1. Artículos [209](#), [339](#) y [341](#)
2. Artículos [60](#), [70](#), [11](#) a [14](#) y [24](#) a [26](#)
3. Artículos [2](#), [4](#) y [8](#)
4. Artículo [87](#)
5. Artículos [2.2.1.1.1.6.3.](#), [2.2.1.1.2.1.1.](#), y [2.2.6.3.1.1.](#)

6. Artículo [44](#) del C.P.A.C.A.

7. Artículo [27](#) Ley 80 de 1993.

8. Sección Tercera, Consejo de Estado, Sentencia 25 de Octubre de 2019, Radicado Interno 39945.

9. Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad. Corte Constitucional Sentencia SU 172 de 2015.

10. CONPES 3714 de 2011 – “Los que corresponden a la teoría de la imprevisión, los cuales escapan de la definición de riesgo previsible, y de acuerdo a lo dispuesto en el reglamento son aquellas circunstancias que no pueden ser identificables o cuantificables.”

11. Artículo [40](#) 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.”



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)

