

CONCEPTO 23579 DE 2018

(mayo 4)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: Yaneth López Chaparro-Coordinadora Grupo de Presupuesto-Dirección Administrativa y Financiera-SENA YLOPEZ@sena.edu.co
DE: Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa
ASUNTO: Adición y Planeación en la Contratación Estatal

En atención a su consulta, sin radicado, de fecha 25 de abril de 2018, referente al tema de viabilidad de adición de contratos frente al principio de planeación; me permito manifestarle:

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

Se pone de presente un recuento normativo de cómo ha sido tratado el tema de adición y presupuesto hasta llegar a la Ley [80](#) de 1993 y sus normas reglamentarias.

-ADICIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

Las entidades del Estado, ordenadoras del gasto, pueden modificar los contratos ya sea para adicionar dinero, prorrogar el tiempo de la ejecución o para cambiar elementos accidentales del contrato. La Ley 80 de 1993 en su artículo [14](#), inciso 1, señala los medios para así:

[...] Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

Señala Colombia Compra Eficiente que existe un contrato adicional cuando se hace una modificación del objeto del contrato, es decir, cuando se agrega algo nuevo al objeto inicial o cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual. Cualquier modificación del objeto del contrato implica la celebración de un nuevo contrato.

Las entidades del Estado ordenadoras del gasto, pueden modificar los contratos ya sea para adicionar dinero, prorrogar el tiempo de la ejecución o para cambiar elementos accidentales del contrato. La ley 80 de 1993 en su artículo [14](#) inciso primero nos habla sobre los medios que puede emplear las Entidades Estatales para el cumplimiento contractual así:

[...]Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado...”.

Para soportar la realización del modificatorio al contrato, varias entidades estatales, dependiendo de lo que vayan a modificar, ya sea adicionar dinero, prorrogar el tiempo de la ejecución o para cambiar elementos accidentales del contrato, exigen lo siguiente:

- Solicitud por parte del supervisor del contrato, dirigida al ordenador del gasto y aval del mismo.
- Solicitud por parte del supervisor del contrato, donde le requiere a la empresa la modificación.
- Concepto del comité técnico jurídico donde avale la modificación del contrato.
- Concepto del comité técnico económico o financiero donde avale la modificación del contrato.
- Concepto del comité técnico evaluador del proceso donde avale la modificación del contrato.

Si existe una simple reforma del contrato que no implica una modificación en su objeto, como un ajuste del valor o del plazo inicial del contrato, se trata de una adición del contrato^[1]. Esta adición no puede ser superior al 50% del valor inicial.

Ahora bien, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no impuso un límite para la ampliación del plazo del contrato estatal, no obstante, con fundamento en el principio de responsabilidad, los servidores públicos están obligados a vigilar la correcta ejecución del contrato y a justificar adecuadamente la adición en términos de éstos (Contraloría General de la República. Concepto de la Oficina Jurídica No. 80112- EE72867. Octubre 29 de 2010).

Se establece en el artículo [40](#) de la Ley 80, que los contratos no podrán adicionarse en más del 50% de su valor inicial, expresado en salarios mínimos legales mensuales. Esta regla general aplica para todos los contratos Estatales regidos por la Ley [80](#) de 1993 y la Ley [1150](#) de 2007. En principio se entiende por adición del contrato aquella figura mediante la cual las partes contratantes, de común acuerdo, o la entidad estatal por la potestad de modificación unilateral, pueden introducir cambios, adición o supresión, al objeto contractual, al plazo o al valor del contrato inicial. Como presupuestos previos a la adición del contrato debe hacerse referencia, entre otros, a:

- Que los trabajos sean conexos con el objeto originalmente contratado.
- Que el interventor (si lo hay) haya motivado y justificado la adición.
- Que para amparar la adición se cuenta con la disponibilidad presupuestal.
- Que ocurra en la etapa de ejecución del contrato, es decir, antes de su vencimiento.

Con la adición de un contrato, se debe procurar evitar la paralización o la afectación grave del servicio. Es así como, la relación establecida con el fin de ubicar la afinidad o identificar el

objeto contractual del contrato suspendido y de la función asignada a otro contrato en curso (junto con los recursos del costo de la actividad si a ello hubiere lugar), permite que no se trate de un nuevo contrato con un objeto totalmente diferente y sin relación alguna. El objeto contractual puede variarse, pero la modificación no puede afectar la clase o tipología del contrato, puede incrementar o disminuir el objeto sin que se convierta en otro contrato.

De otra parte, también es preciso resaltar, que deben reconocerse y pagarse los nuevos costos (variaciones) para no alterar la ecuación financiera del contrato, dependiendo de la modificación del objeto contractual la cual puede traer consigo nuevos costos. Contrario cense si se trata de una disminución, generará el correspondiente efecto.

Cuando la adición del contrato es producto de un acuerdo entre las partes, el respectivo otrosí, suscrito por las partes forma parte del contrato inicial; si es resultado de la potestad de modificación unilateral, constará mediante el respectivo acto administrativo motivado. La adición también debe publicarse en la misma forma y condiciones dadas para el contrato inicialmente celebrado.

Así las cosas, la Ley [80](#) de 1993 fijó un valor máximo de la adición del contrato y bajo la normatividad vigente no hay cabida para la renovación tácita por razón de la formalidad escrita exigida para la existencia del contrato y por lo tanto para sus modificaciones.

Finalmente, es pertinente recordar que el Decreto 3460 de 2008, establece los lineamientos que hacían viable el otorgamiento del concepto previo favorable del CONPES, para la adición o prórroga de los contratos de concesión de obra pública nacional.

La normativa del Sistema de Compras Públicas no establece una distinción entre los conceptos de adición y prórroga, por lo cual deben entenderse en el mismo sentido.

-PRINCIPIO DE PLANEACIÓN

La Ley [80](#) de 1993 establece los principios generales y reglas fundamentales para la contratación pública, así ofrece los elementos de selección que permiten cumplir los fines estatales en materia contractual. De esta manera todos los procesos contractuales deben estar condicionados a lo establecido por los artículos [24](#), [25](#) y [26](#) del Estatuto de Contratación, es decir, a los principios generales de la contratación, como lo son el de planeación, economía, publicidad y selección objetiva del contratista, que obligan a la administración a garantizar transparencia durante el proceso de selección del interesado, lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, en sentencia de fecha 20 de octubre de 2014, Radicado No. 11001-03-25-000-2012-00762-00(2520-12), actor: Julian Serna Giraldo, demandado: Procuraduría General de la Nación, estableció respecto a la planeación:

[...] En materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación, pues resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un proceso contractual. El desconocimiento de este deber legal por parte de las entidades públicas de llevar a cabo los estudios previos, vulnera los principios generales de la contratación, en especial el de planeación y con él los de economía, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, entre otros. Así mismo de conformidad con los requisitos establecidos en la ley y la jurisprudencia, resulta evidente que no

puede admitirse que el Plan de Acción Trienal pueda entenderse como unos verdaderos estudios previos, razón por la cual considera la Sala que el Director de la Corporación Autónoma del Quindío vulneró los principios generales de la contratación estatal, fundamentalmente el de economía y planeación, que identifican las necesidades, conveniencia y la correcta escogencia del contratista. (Subraya fuera de texto)

En ese orden de ideas, el principio de planificación en materia contractual es uno de los pilares, pues es a partir de este que se racionaliza el gasto público, el cual debe estar precedido de un conjunto de estudios dirigidos a establecer su viabilidad técnica y económica y el impacto social. Es así como debe existir una sólida justificación del gasto con el objeto de optimizar el manejo de los recursos estatales.

El artículo 72 del Decreto 150 de 1976 preceptuaba que “no podrá licitarse ni contratarse la ejecución de una obra sin que previamente se hayan elaborado los planos, proyectos y presupuesto respectivos y determinado las demás especificaciones necesarias para su identificación”. En el mismo sentido se mantuvo el precepto en el artículo 84 del Decreto Ley 222 de 1983.

Tanto la contratación como la elaboración del presupuesto en una entidad pública se soporta en el principio de planeación y en el criterio de necesidad, en el entendido que el objeto de los contratos que celebran las entidades públicas, es cumplir con los fines estatales, satisfacer el interés general, dar una continua y eficiente prestación de los servicios públicos y procurar la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, lo cual debe estar presente durante la ejecución del contrato. El Decreto [111](#) de 1996, señala en cuanto a los principios del presupuesto:

ARTÍCULO [12](#). Los principios del sistema presupuestal son: la planificación, la anualidad, la universalidad, la unidad de caja, la programación integral, la especialización, la inembargabilidad, la coherencia macroeconómica y la homeóstasis (L. 38/89, art. [80](#) L. 179/94, art. [40](#)).

ARTÍCULO [13](#). Planificación. El presupuesto general de la Nación deberá guardar concordancia con los contenidos del plan nacional de desarrollo, del plan nacional de inversiones, del plan financiero y del plan operativo anual de inversiones (L. 38/89, art. [90](#) L. 179/94, art. [50](#)).

ARTÍCULO [14](#). Anualidad. El año fiscal comienza el 1o de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción (L. 38/89, art. [10](#)).

(Subraya fuera de texto)

Específicamente el artículo 8 del Decreto 2170 de 2002, reglamentó el tema relacionado con los estudios previos al disponer que:

[...] En desarrollo de lo previsto en los numerales 7 y 12 del artículo [25](#) de la Ley 80 de 1993, los estudios en los cuales se analice la conveniencia y la oportunidad de realizar la contratación de que se trate, tendrán lugar de manera previa a la apertura de los procesos de selección y deberán contener como mínimo la siguiente información:

1. La definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.

2. La definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad, que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño.
3. Las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo.
4. El soporte técnico y económico del valor estimado del contrato.
5. El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista.

En consecuencia, como ha reiterado el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, independientemente de la modalidad de selección que proceda, los estudios previos son obligatorios para todos los eventos contractuales, con la única salvedad de la contratación por urgencia manifiesta; lo anterior por cuanto el proceso contractual no puede obedecer al capricho o voluntad de quienes la celebran, sino que debe motivarse de manera muy clara y precisa en los estudios previos.

También el Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa, Actor: Carlos Orlando Velásquez Murcia, consideró respecto a la planeación:

[...] En tercer lugar, y en cumplimiento también del deber de planeación y el principio de buena fe precontractual, las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si no existen las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales (No. 6art. 25); igualmente, deben con antelación al inicio del proceso de selección del contratista analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtener las autorizaciones y aprobaciones para ello (No. 7art. 25), así como elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia (No. 12art. 25). Reglas éstas que resultan concordantes y se puntualizan en el proceso de la licitación pública en cuanto la apertura del proceso debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato 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 factibilidad (No. 1del art. 30); y haber elaborado los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, 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 condiciones objetivas, claras y completas (No. 2del art. 30). Por lo tanto, el principio de economía en cuya esencia se encuentra el deber de planeación del contrato (...). Significa que el Estado está obligado a actuar con alto grado de eficiencia y eficacia para que se protejan los recursos públicos fiscales, con sujeción estricta al orden jurídico. De tal manera que es cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas”. (Subraya fuera de texto)

El desconocimiento del principio de planeación puede generar la nulidad del contrato estatal, sin embargo, debe analizarse cada caso particular. Igualmente la planeación es una manifestación del principio de eficacia que es un principio constitucional en virtud del cual la actuación administrativa no puede ser improvisada.

-CONTRATACIÓN Y PRESUPUESTO

La Corte Constitucional en sentencia C-337 de 1993, “los principios consagrados en el Estatuto Orgánico de Presupuesto son precedentes que condicionan la validez del proceso presupuestal, de manera que al no ser tenidos en cuenta, vician la legitimidad del mismo. No son simples requisitos, sino pautas determinadas por la ley orgánica y determinantes de la ley anual de presupuesto”.

El principio de anualidad presupuestal previsto en la ley orgánica, según el cual “el año fiscal comienza el 1 de enero y termina el 31 de diciembre de cada año”^[2], busca garantizar un oportuno control político por parte del Congreso y obliga a que la planificación operativa se realice para el periodo. La norma no permite adquirir compromisos que superen la vigencia fiscal (el 31 de diciembre) si no se cuenta con autorización para comprometer vigencias futuras^[3].

En este orden de ideas, el Gobierno iniciará el proceso de celebración de los contratos para su ejecución en la respectiva vigencia con base en las partidas presupuestales aprobadas. Ahora bien, ocurre en muchos eventos que lo previsto en el contrato no se cumple por todas las vicisitudes que sufre la contratación estatal, y se ve suspendido, requiere de prórrogas por mayor ejecución de obra o por circunstancias imprevistas, se presentan problemas de orden público o fuerza mayor o caso fortuito o, finalmente, incumplimiento de alguna de las partes, que determina que el contrato se extienda para el año siguiente.

De tal suerte que el contrato no está concluido y se requiere que continúe durante la vigencia fiscal siguiente. Se rompe, pues, el principio de la anualidad referido a la ejecución del contrato y debe preguntarse sobre el manejo de los dineros que están presupuestados pero no gastados en el respectivo presupuesto anual.

En consecuencia, el principio de anualidad no es absoluto sino que presenta excepciones. Estas excepciones al principio de anualidad no se encuentran taxativamente en la ley, ya que existen algunas creadas por la doctrina, como es el caso de los pasivos exigibles de vigencias expiradas. En este orden de ideas, dichas excepciones se clasifican en dos categorías en razón del ámbito de aplicación del principio de anualidad, entonces se refieren a la aprobación anual del presupuesto y a la ejecución anual del presupuesto.

En las excepciones a la anualidad del presupuesto, se encuentran las denominadas adiciones presupuestales, que son inclusiones de mayores ingresos o de mayores gastos al presupuesto anual de la entidad administrativa. Es el caso de los gastos extraordinarios que deba ejecutar una entidad y que no tengan soporte en las partidas presupuestales previamente aprobadas.

De otra parte, en cuanto a las excepciones a la ejecución anual del presupuesto. El resultado debería ser al cierre fiscal que las partidas presupuestales que fueron aprobadas por la ley de presupuesto estén debidamente comprometidas y canceladas. En la práctica presupuestal muchas veces no es posible cancelar una partida dentro de su respectiva vigencia presupuestal,

El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Enrique Gil Botero, en sentencia del 12 de agosto de 2014, Radicado No. 05001-23-31-000-1998-01350-01(28565), actor: DARIO PIEDRAHITA GIRALDO Demandado: MUNICIPIO EL RETIRO, ha dispuesto lo siguiente:

[...] No obstante reconocerse esta realidad jurídico-administrativa, la relación entre estos grandes regímenes del derecho administrativo-contratación y presupuesto-no siempre es pacífica, aunque sí necesaria, toda vez que en muchos casos entran en conflicto-y muy serios-, porque uno exige para su perfecta funcionalidad posibilidades de acción que al otro le dificultan la suya. Por ejemplo, el manejo anualizado del presupuesto es un gran sistema de administración de los

ingresos y los egresos, pero en la contratación el año calendario no está asociado a la ejecución normal de las obras, a la entrega de bienes o a la prestación de servicios. En este sencillo ejemplo se advierte una tensión entre el sistema presupuestal y el sistema contractual, de allí que el legislador, en su labor de configuración del ordenamiento jurídico, tiene el deber de construir cada uno con el mayor refinamiento y precisión posible, para que ambos cumplan la finalidad de interés general que les corresponde proteger. No obstante, si no es posible armonizarlos, no cabe duda que la ley sacrificará, en mucho o en poco, las pretensiones de eficiencia total de un sistema en detrimento del otro, privilegiando la lógica de funcionamiento de alguno. Esto produce, en principio, un resentimiento en el método de proceder del sistema jurídico afectado, pero mientras no sea inconstitucional le corresponde asumir la carga de subordinarse a la razón de su contradictor. (Subraya fuera de texto)

La aprobación del presupuesto anual y la expedición del respectivo decreto por parte del Gobierno Nacional, conlleva que la Administración planifique la celebración y ejecución de contratos dentro de la respectiva vigencia anual. Si se considera necesario extenderse de tal vigencia, deberá analizarse la viabilidad de la aprobación de “vigencias futuras” de acuerdo con los parámetros fijados en la ley orgánica del presupuesto.

En consecuencia, la planeación y proceso de celebración y ejecución de contratos debe proyectarse para la respectiva vigencia con base en las partidas presupuestales aprobadas para el respectivo año. Es claro que para la celebración y ejecución del respectivo contrato es necesario contar con el respaldo del Certificado de Disponibilidad Presupuestal-CDP y el registro presupuestal-RP, este último que no es requisito de perfeccionamiento sino de ejecución. (Artículo [71](#). Decreto Ley 111 de 1996 en concordancia con el Artículo [41](#) de la Ley 80 de 1993). Todo lo anterior encaminado a que iniciado el contrato, este debe ejecutarse dentro de la respectiva vigencia anual.

Excepcionalmente, debido a varias circunstancias vicisitudes (circunstancias imprevistas, problemas de orden público, fuerza mayor, caso fortuito, posibles incumplimientos, etc.) que sufre la contratación estatal, se requieren prórrogas que implican que el contrato se extienda al año siguiente, motivo por el cual el contrato no está concluido y deberá continuar la vigencia fiscal siguiente. En este escenario se sobrepasa el principio de anualidad presupuestal.

En concordancia con lo anterior, la Procuraduría General de la Nación, en la Circular [0007](#) de 2017, advirtió a las entidades estatales, que en vigencia de las restricciones de la Ley de Garantías, debían tener en cuenta, entre otros:

[...] Desarrollar los procesos contractuales de acuerdo con los cronogramas de actividades y según los planes de desarrollo, de adquisiciones y los respectivos presupuestos, en las modalidades de selección que no se encuentren restringidas por la precitada Ley de Garantías Electorales. Se recuerda que, en aras de mayor transparencia, las licitaciones deben llevarse a cabo en audiencia pública. Así mismo se sugiere velar por la garantía de los principios que rigen la función administrativa, entre estos, el de publicidad y selección objetiva.

- Verificar el sustento técnico, económico, legal y de cualquier otra índole de las prórrogas, modificaciones o adiciones de los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de las prohibiciones anotadas, así como la cesión de estos, velando porque siempre cumplan las reglas aplicables a la materia, dentro de los principios de selección objetiva, libre concurrencia, planeación, transparencia y responsabilidad.

[...] Es pertinente advertir que, en virtud del artículo [40](#) de la Ley 996 de 2005, el incumplimiento de los deberes y restricciones señalados en la normatividad aludida, será sancionable gradualmente de conformidad con lo establecido en la Ley [734](#) de 2002 y según la gravedad del hecho. (Subraya fuera de texto)

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 BARRERA

Coordinador

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Consultas Nos. 1812 del 2 de diciembre de 1982, 1563 del 30 de julio de 1981, 350 del 15 de marzo de 1990, 601 del 17 de mayo de 1994 y 1439 del 18 de julio de 2002 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Sentencia del 6 de agosto de 1987, expediente 3886, Sección Tercera; del 31 de octubre de 1995, expediente 1438, Sección Quinta y del 20 de mayo de 2004, expediente 3314, Sección Quinta del Consejo de Estado.

2. Artículo [14](#) del Estatuto Orgánico de Presupuesto.

3. Decreto 4836 del 2011.



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)

