

CONCEPTO 38914 DE 2018

(julio 16)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Modificación del Contrato y reducción del monto.

De manera comedida procedemos a resolver la consulta realizada verbalmente, así:

#### 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

##### 1. Solemnidad del contrato estatal y principio de mutabilidad

El Legislador ha dotado al contrato estatal de una serie de prerrogativas y ritualidades que deben observarse para que el mismo exista, se perfeccione y pueda iniciar su ejecución. En este sentido se hace necesario precisar que el contrato estatal es un acto de carácter solemne, razón por la cual este debe constar por escrito<sup>(1)</sup>. Así las cosas, de conformidad con lo anterior, y lo dispuesto en el artículo [39](#) de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales así como sus modificaciones deben constar por escrito.

Por otra parte, es importante señalar 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. Por lo que, en ocasiones es necesario hacer modificaciones al contrato para la consecución de dichos fines. De esta manera surge el principio de mutabilidad permitiendo que el contrato estatal pueda modificarse, con la finalidad de cumplir con los cometidos para los cuales fue previsto, siempre y cuando no se altere el objeto del contrato. Esta modificación puede ser por un acuerdo bilateral o por acto unilateral de la entidad contratante, el cual deberá ser motivado tal como lo dispone el artículo [16](#) de la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, es claro que la solemnidad del contrato estatal es un requisito que no puede ser desconocido, y en este sentido la jurisprudencia del Consejo de Estado, en fallo proferido por la Dra. Ruth Stella Correa Palacio señaló que cualquier modificación adicional o autorización de mayores cantidades deberá constar por escrito<sup>(2)</sup>.

Frente a este asunto, ha precisado la Honorable Corte Constitucional, mediante Sentencia C-300 de 2012, 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<sup>(3)</sup>. 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<sup>(4)</sup>, 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.<sup>(5)</sup>

Vale la pena destacar lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 13 de agosto de 2009, según el cual:

[...] La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado<sup>(6)</sup>.

Ahora bien, debe precisarse que las modificaciones del contrato, estén dadas por ajustes del valor, modificación del plazo inicial, del alcance del contrato, o reducción del valor con modificación de las obligaciones. Sin embargo, nunca podrán realizarse para hacer modificaciones al objeto del mismo, por cuanto esto equivaldría a la celebración de un nuevo contrato, de conformidad a lo indicado por el Consejo de Estado<sup>(7)</sup>. En ese sentido, si se agrega, amplía, modifica, reduce o afecta el objeto contractual será realmente un contrato distinto y no una modificación<sup>(8)</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, 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), la cual puede implicar la reducción del valor y las obligaciones, y la adición del contrato (valor), aclarando que en todos estos casos, cualquier modificación también deberá constar por escrito. A continuación procedemos a realizar un análisis jurídico de la figura de reducción y modificación del contrato en razón a lo consultado.

## 2. Modificación del Contrato Estatal

La Corte Constitucional ha señalado que los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado. Así la posibilidad de modificación se convierte en un instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal. (C-300 de 2012) Así lo prevén los artículos [14](#) y [16](#) del Estatuto de Contratación (Ley 80 de 1993), 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.

Derivado del principio de mutabilidad del contrato estatal y de la autonomía de la voluntad de las entidades estatales podrán modificar el contrato de manera bilateral o por acto unilateral de la entidad contratante, siempre y cuando no se modifique el objeto del mismo y se cuente con la debida justificación técnica y jurídica, tal como lo dispone el artículo [16](#) de la Ley 80 de 1993:

ARTÍCULO 16. De la modificación unilateral. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Respecto a la mutabilidad, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el Concepto No. 1952 del 13 de agosto de 2009, explicó en relación con la mutabilidad de los contratos de concesión de servicios públicos:

[...] Es claro que al cambiar el entorno en que se desenvuelve la prestación de un servicio público a la comunidad, en forma tal que afecte gravemente dicha prestación, independientemente de su previsibilidad, deben mutar las obligaciones del contrato que tienen que ver con tales cambios, o de lo contrario se estaría dando un servicio inadecuado a las nuevas realidades sociales, culturales o tecnológicas.

La realización del ideal de progreso también conlleva la necesidad de variar los contratos de concesión con miras a obtener la mayor satisfacción posible de las necesidades de la colectividad; fenómeno que ha sido estudiado desde antaño y a él se refieren los ejemplos transcritos anteriormente, dados por los autores Pareja y Sarria[16] Hoy en día, la literatura jurídica habla de una cláusula presunta de progreso[17] en los contratos de concesión de servicio público, haciendo especial énfasis en los cambios o adelantos tecnológicos. Como lo explica el argentino Juan Carlos Casagne, en esta frase: 'En nuestra opinión, el principio de mutabilidad del servicio público debe desenvolverse con arreglo a los principios de calidad y eficiencia (art. 42 CN[18]) y la cláusula de progreso (art. 75, inc. 18, CN) que tipifica, positivamente, el objetivo de bien común como fin del Estado.'

En esta perspectiva doctrinaria, la mutabilidad constituye un principio interpretativo de los contratos estatales de especial trascendencia en la concesión de servicio público.” (Subraya fuera del texto)

Ahora bien, tal como se señaló con anterioridad, las modificaciones contractuales pueden ser de adición, cuando se agregan recursos al contrato, prórroga, cuando se adiciona el plazo, y modificación propiamente tal, cuando se hacen otros cambios al contrato, por ejemplo la reducción.

La reducción del contrato implica la disminución del valor inicialmente pactado y su consecuente liberación de recursos, lo cual tiene requisitos y consecuencias presupuestales y contractuales.

Respecto del aspecto presupuestal se debe advertir que los recursos al ser liberados podrán reintegrarse al presupuesto de la entidad o devolverse al tesoro nacional dependiendo de la vigencia a la cual perezcan. Es decir, si los recursos corresponden a vigencias anteriores, y fueron vinculados al contrato a través de la figura presupuestal de vigencias futuras, al ser liberados se reintegrarán al tesoro nacional. Si por el contrario, son recursos correspondientes a la vigencia actual, al ser liberados se reintegran al presupuesto de la entidad, en los mismos términos que fueron utilizados originalmente, respetando el principio de anualidad presupuestal y planeación.

El respeto de los anteriores principios dependerá del estudio del caso particular, es decir del contenido del contrato. Esto último quiere señalar que el rubro presupuestal no podrá ser variado

y los recursos no podrán tener una destinación diferentes, salvo que se adelanten los respectivos trámites presupuestal. Sea del caso mencionar que las observaciones realizadas parten de una modificación de común acuerdo, pues el escenario de la modificación unilateral es una potestad excepcional que no tiene aplicabilidad en contratos interadministrativos.

Sea del caso advertir que no puede realizarse una reducción del valor si no se afectan proporcionalmente las obligaciones del contrato, sin modificar el objeto contractual. Lo anterior en la medida que no puede desfinanciarse el contrato so pena de poder incurrir en hechos cumplidos. Esta reducción de valor y modificación de las obligaciones deberá ser debidamente justificada desde la perspectiva técnica y jurídica, sin que ello implique la subsanación de incumplimientos ya materializados. Dicha solicitud y aval deberá ser otorgada por el supervisor del contrato respectivo, de conformidad con el Manual de Supervisión e Interventoría de la Entidad.

Es del caso recordar que de conformidad con el artículo [86](#) de la Ley 1474 e 2011, en caso de incumplimiento contractual deberá adelantarse el procedimiento allí consignado. El artículo [86](#) de la Ley 1474 de 2011, dispone el proceso que se debe adelantar por las entidades sometidas a la Ley [80](#) de 1993, para declarar el incumplimiento del contratista, imponer multas y sanciones y hacer efectiva la cláusula penal.

Finalmente, la modificación de los contratos estatales, verbi gracia en cuanto al valor y período para la ejecución, deben constar por escrito para que puedan alcanzar eficacia, existencia y validez. En tal sentido, ha afirmado el Alto Tribunal de lo Contencioso (Consejo de Estado SIII E 15596 DE 2010), que “[...] la modificación respecto de un acuerdo que consta por escrito debe surtir el mismo proceso que se dio para su constitución, dado que el acuerdo modificadorio está tomando el lugar del acuerdo originario y la solemnidad que se predica legalmente del segundo ha de ser exigida para el reconocimiento de eficacia, existencia y validez del primero”. (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. Artículo [39](#). De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

Las entidades estatales establecerán las medidas que demanden la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.

Artículo [41](#)o. Del Perfeccionamiento del Contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

2. Consejo de Estado, Sección Tercera. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Radicado 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)

3. Sobre la naturaleza instrumental del contrato para alcanzar los fines propios del estado social de derecho, ver la sentencia C-932 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

4. Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

5. Ver también la sentencia C-068 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo, sobre la constitucional de la posibilidad de prorrogar los contratos de concesión portuaria (artículo 8o de la ley 1o de 1991). 21 Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de agosto de 2009, rad. 1.952, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. En este concepto la Sala de Consulta se ocupó, entre otras preguntas, de la siguiente formulada por el Ministerio de Transporte: “1. ¿Bajo el supuesto que en un contrato de concesión existan razones de conveniencia que permitan una mejora del objeto contratado y una mejor prestación del servicio público encomendado a la entidad estatal contratante, es posible, por fuera de lo dispuesto en el artículo [16](#) de la Ley 80 de 1993 y en caso de que las partes hubieran pactado una modificación de común acuerdo desde la licitación, acudir a tal previsión y modificar el contrato, teniendo en cuenta, además, que con la modificación se busca un efectivo cumplimiento de los fines estatales y una eficiente prestación de los servicios públicos?”

6. Consejo de Estado. Rad. 1952. M.P. Enrique Arboleda Perdomo. 13 de agosto de 2009.

7. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto radicado 350. Mp. Jaime Betancur Cuartas. 15 de marzo de 1990.

8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicado 3761, Mp. Dario Quiñones Pinilla. 26 de enero de 2006.



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)

