**CCE-DES-FM-17**

**CONTRATO DE OBRA – Definición**

La definición del contrato de obra pública está prevista en el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como aquel celebrado por una entidad estatal, cuyo objeto sea la construcción, mantenimiento, instalación y, general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. Al respecto, en sentencia de unificación jurisprudencial de la Sala Plena del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2020 , se consideró que «[…] debe entenderse que, en términos generales, el contrato de obra pública es el celebrado con entidades de derecho público para la realización de trabajos materiales sobre bienes inmuebles […]».

El legislador adoptó el criterio de la tipificación del contrato de obra pública como aquel cuyo objeto tiene que ver con actividades realizadas sobre bienes inmuebles. De este modo, admitió, de forma muy amplia, la ejecución de todo trabajo material que tenga por objeto crear, construir, conservar, o modificar bienes inmuebles, lo cual incluye trabajos de construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de esos mismos bienes.

**FORMA DE PAGO – Contrato estatal – Autonomía de la voluntad – Metodología**

Desde la etapa de planeación, en la fase precontractual, las entidades estatales deben calcular el presupuesto oficial, mediante la realización del análisis del sector –que incluye el estudio del mercado– y definir la metodología con la cual estructurarán el precio del contrato. Dicho de otro modo, hace parte de los estudios previos la definición del esquema que la Administración usará para estipular el precio. Tal metodología generalmente depende del tipo de contrato, pues hay algunas modalidades más comunes en los de obra pública; otras más utilizadas en los de prestación de servicios y otras más indicadas para los de concesión, por mencionar algunos ejemplos.

No hay, pues, una sola metodología para pactar el precio y, en gran medida, la manera de hacerlo ha obedecido a la costumbre mercantil y a la influencia de disciplinas técnicas, como la ingeniería o la administración de empresas, en la contratación estatal. Dentro de tales esquemas de establecimiento del precio pueden citarse, entre otros: i) los precios unitarios –calculados de acuerdo con las unidades que componen el objeto del contrato–, ii) el precio global –que equivale al monto total, sin discriminar unidades–, y iii) la administración delegada de recursos –en la que se distinguen los costos de inversión de los honorarios del administrador–.

**ADICIÓN – Concepto – Autonomía – Límites**

Ahora bien, la ejecución de los contratos estatales está sujeta a los cambios propios del paso del tiempo. Así, durante la etapa de planeación, las entidades públicas estiman y determinan las prestaciones que demanda la satisfacción de la necesidad de interés colectivo que pretende satisfacer. No obstante, durante la ejecución del contrato, las partes identifican alguna de las siguientes situaciones: i) la necesidad de mayores cantidades de bienes o actividades inicialmente previstos, a lo que se le conoce como «mayores cantidades de obra», «obras adicionales» o adición de «ítems contractuales»; y ii) la necesidad de ampliar las prestaciones contractuales, mediante la ejecución de nuevos ítems o actividades, no incluidos en el contrato inicial, para lo que en la práctica las entidades ejecutan «obras extra» o «amplían el alcance» del contrato mediante la celebración de un «contrato adicional».

No obstante, estos términos –algunos de ellos usualmente empleados en contratos de obra– son nociones doctrinarias que se utilizan en la práctica por las entidades estatales, que actualmente no tienen un fundamento particular en el ordenamiento jurídico, el cual no le asigna efectos específicos a cada uno de ellos. Lo importante es que frente a cualquier incremento del valor inicial del contrato, que es lo que implica una *adición,* por cualquiera de los dos supuesto señalados previamente, e independiente del nombre que se le dé al acuerdo, aplica el límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la 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». De manera que aunque es posible celebrar todos los tipos de acuerdos indicados, siempre se debe observar esta última disposición.

**ADICIÓN, PRÓRROGA Y RENOVACIÓN – Diferencias**

[…] como los estatutos contractuales no establecen una diferencia clara entre los conceptos propuestos, es necesario recurrir a otras disposiciones y aportes doctrinarios para distinguirlos. Como distinción inicial, se tiene que el concepto prórroga está particularmente ligado con la modificación ―ampliación― del plazo de los contratos; las adiciones con el incremento del valor, debido a la inclusión de nuevas obligaciones, sea por la introducción de nuevas actividades o por la ejecución de una mayor cantidad de las pactadas inicialmente; y la renovación con el nacimiento de un nuevo contrato, en condiciones similares o idénticas al contrato inicial.

Estas distinciones guardan relación con el uso común de los conceptos, es decir, no reducido a su significación jurídica. En efecto, el Diccionario de la Lengua Española ―DLE― define la prórroga como: «1. f. Continuación de algo por un tiempo determinado. 2. f. Plazo por el cual se continúa o prorroga algo». Como se observa, la definición indica que la prórroga está asociada a los plazos, lo que implica extender los efectos de algo por un tiempo mayor. Ahora bien, en relación con la adición, el DLE señala que consiste en la acción y efecto de añadir, definiendo añadir como: «1. tr. Agregar, incorporar algo a otra cosa. 2. tr. Aumentar, acrecentar, ampliar». Como se observa, la adición en relación con los contratos implicaría incorporar nuevas obligaciones, lo que en los contratos estatales aparejaría un incremento en la contraprestación, es decir, en el precio. Finalmente, el diccionario indica que la renovación consiste en: «1. tr. Hacer como de nuevo algo, o volverlo a su primer estado 2. tr. Restablecer o reanudar una relación u otra cosa que se había interrumpido (…) 4. tr. Sustituir una cosa vieja, o que ya ha servido, por otra nueva de la misma clase». Como se observa, la renovación consiste en hacer algo de nuevo, de manera que, en principio consistiría en la celebración de un nuevo contrato en condiciones idénticas o similares a un contrato anterior.

Bogotá D.C., 07 10 2022 

Señora

**Yulied Guevara Castro**

Bogotá D.C.

**Concepto C ─ 640 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CONTRATO DE OBRA – Definición / FORMA DE PAGO – Contrato estatal – Autonomía de la voluntad – Metodología / ADICIÓN – Concepto – Autonomía – Límites / ADICIÓN, PRÓRROGA Y RENOVACIÓN ― Diferencias  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220901008722 y P20220901008740 (Acumulados) |

Estimada señora Guevara,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, responde su consulta del 1 de septiembre del 2022.

1. **Problemas planteados**

La peticionaria formuló la siguiente pregunta sobre la adición de contratos, en el régimen actual de contratación estatal: «¿En el evento de que durante la ejecución de un contrato público de obra surjan ítems no previstos y/o se presente la necesidad de ajustar precios a alguno de los ítems de este, ¿Es necesario llevar a cabo una modificación al contrato? ¿Qué implicaciones tendría la inclusión de ítems no previstos y/o ajustar precios a alguno de los ítems?».

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados.Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos concretos de todos los partícipes de la contratación estatal ni para asesorar procesos de contratación.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-1). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) el contrato de obra pública en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ii) autonomía de la voluntad para calcular el precio y la forma de pago del contrato estatal y iii) Modificación del contrato estatal. Diferencias entre prórroga, adición y renovación del contrato.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos C-530 del 13 de agosto de 2020, 569 de 12 de octubre de 2021 y C-237 de 26 d abril de 2022, entre otros, estudió el contrato de obra pública. Igualmente, en los conceptos con radicado C–037 del 28 de enero de 2020, 4202012000000664 del 30 de enero de 2020, C-191 del 16 de marzo de 2020, C-211 del 8 de abril de 2020, C-714 del 9 de diciembre de 2020, C-807 del 209 de diciembre de 2020 y C-277 de 21 de junio de 2021 se estudió el alcance de la autonomía de la voluntad para pactar el precio y la forma de pago. A su turno, en los conceptos con radicado Nos. 4201912000007298 de 23 de octubre de 2019, 4201913000006294 del 16 de septiembre de 2019, C-062 del 25 de marzo de 2020, C-318 del 25 de mayo de 2020, C-560 del 24 de agosto de 2020, C-628 del 23 de septiembre del 2020, C-073 de 16 de marzo de 2021, C-277 de 21 de junio de 2021, C-644 de 18 de noviembre de 2021, C-755 de 21 de enero de 2022, C-152 de 1° de abril de 2022, C-267 de 5 de mayo de 2022, C-432 de 13 de julio de 2022 y C-630 de 30 de septiembre de 2022 estudió temas relacionados con la adición de los contratos estatales. Las tesis desarrolladas en aquellas oportunidades se exponen a continuación y se complementan en lo que corresponda.

**2.1. El contrato de obra pública en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el contrato de obra pública es una tipología de los contratos estatales, entendidos estos últimos como los actos jurídicos generadores de obligaciones celebrados por alguna de las entidades estatales enlistadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Lo anterior resulta de especial relevancia, debido a que dicho tipo contractual se diferencia de la definición y regulación prevista en el derecho privado para el contrato de confección de obra material, en los términos de los artículos 2053 y siguientes del Código Civil.

La definición del contrato de obra pública está prevista en el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como aquel celebrado por una entidad estatal, cuyo objeto sea la construcción, mantenimiento, instalación y, general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. Al respecto, en sentencia de unificación jurisprudencial de la Sala Plena del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2020[[2]](#footnote-2), se consideró que «[…] debe entenderse que, en términos generales, el contrato de obra pública es el celebrado con entidades de derecho público para la realización de trabajos materiales sobre bienes inmuebles […]».

El legislador adoptó el criterio de la tipificación del contrato de obra pública como aquel cuyo objeto tiene que ver con actividades realizadas sobre bienes inmuebles. De este modo, admitió, de forma muy amplia, la ejecución de todo trabajo material que tenga por objeto crear, construir, conservar, o modificar bienes inmuebles, lo cual incluye trabajos de construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de esos mismos bienes.

Por otro lado, es importante precisar que en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se mencionan indistintamente las nociones «obra pública» y «obra», sin que ello implique que se está haciendo referencia a dos tipologías contractuales diferentes. En efecto, los artículos 30 –parágrafo 3–, 32 –parágrafo 2– y 109 –inciso 3–, de la Ley 80 de 1993, así como los artículos 2 –numeral 4, parágrafo 7–, 5 –numeral 2– y 28, de la Ley 1150 de 2007, se refieren a la «obra pública»; mientras los artículos 4 –numeral 4–, 14 –numeral 2–, 16, 18 –inciso 2–, 24 –numeral 5, literal C–, 25 –numeral 12–, 30 –parágrafo 2–, y 40 –parágrafo, inciso tercero–, así como los artículos 2 –numeral 2–, 6 –parágrafo 1–, y 12, de la Ley 1150 de 2007, se refieren a «obra». Lo mismo se predica de las disposiciones del Decreto 1082 de 2015, como, por ejemplo, de los artículos 2.2.1.2.1.2.24. y 2.2.1.2.3.1.8.

Por ello, lo cierto es que se debe entender que, en ambos casos, se está haciendo referencia al «contrato de obra pública» que regula el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación

1o. Contrato de Obra

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto. […]

Teniendo en cuenta lo anterior, la Agencia Nacional de Contratación Pública considera que las nociones «contrato de obra» y «contrato de obra pública», utilizadas indistintamente en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, se refieren al contrato de obra pública que regula el numeral 1 del artículo 32 del EGCAP. En otras palabras, el «contrato de obra» y el «contrato de obra pública», para los fines del EGCAP, aluden a una misma tipología contractual, específicamente, al contrato consagrado en el numeral 1 del artículo 32 *ibídem*.

En cuanto a la forma de seleccionar el contratista de la obra pública, el EGCAP no establece una modalidad de selección única a la que siempre deba acudirse para suscribir contratos de obra pública. Si bien la licitación pública opera como regla general, estos contratos también podrían celebrarse, en ciertos eventos, adelantando previamente otros procesos de selección, por ejemplo, de *selección abreviada* de menor cuantía, de *mínima cuantía* –cuando no excedan el 10% de la menor cuantía– o de *contratación directa* –como sucede en eventos de urgencia manifiesta o en contratos interadministrativos–.

**2.2. Autonomía de la voluntad para calcular el precio y la forma de pago del contrato estatal**

Como es sabido, uno de los elementos más comunes en los contratos estatales es el *precio*, también conocido como valor. Aunque no todo contrato lo incluye –pues también existen negocios gratuitos– lo usual es que los contratos estatales se perfeccionen como onerosos y, la mayoría de las veces, como conmutativos. Adicionalmente, el precio suele ser el elemento más importante para el contratista, porque equivale a la remuneración que la entidad contratante le pagará por la ejecución del objeto contractual.

Desde la etapa de planeación, en la fase precontractual, las entidades estatales deben calcular el presupuesto oficial, mediante la realización del análisis del sector –que incluye el estudio del mercado– y definir la metodología con la cual estructurarán el precio del contrato. Dicho de otro modo, hace parte de los estudios previos la definición del esquema que la entidad usará para estipular el precio. Tal metodología generalmente depende del tipo de contrato, pues hay algunas modalidades más comunes en los de obra pública; otras más utilizadas en los de prestación de servicios y otras más indicadas para los de concesión, por mencionar algunos ejemplos[[3]](#footnote-3).

No hay, pues, una sola metodología para pactar el precio y, en gran medida, la manera de hacerlo ha obedecido a la costumbre mercantil y a la influencia de disciplinas técnicas, como la ingeniería o la administración de empresas, en la contratación estatal. Dentro de tales esquemas de establecimiento del precio pueden citarse, entre otros: i) los precios unitarios –calculados de acuerdo con las unidades que componen el objeto del contrato–, ii) el precio global –que equivale al monto total, sin discriminar unidades–, y iii) la administración delegada de recursos –en la que se distinguen los costos de inversión de los honorarios del administrador–.

Por ejemplo, en los contratos cuyo precio se estructura a partir del sistema de precios unitarios, ha hecho parte de la práctica de los negocios que el contratante le solicite al potencial contratista que separe en su propuesta los costos directos –es decir, los que están directamente implicados en la ejecución del objeto–, de los costos indirectos –que equivalen a los rubros que no tienen que ver de manera inmediata con la ejecución de las actividades contractuales, pero que integran también el precio, bien porque constituyen erogaciones administrativas o contingentes para el contratista o bien porque se dirigen a salvaguardar su ganancia–. En tal sentido, mientras que los costos directos se evidencian en el análisis de precios unitarios –APU–, como la sumatoria de los valores de los *ítems* según su unidad de medida, los costos indirectos se suelen abreviar en las variables que integran el acrónimo AIU –Administración, Imprevistos y Utilidad–, que se calcula como un porcentaje aplicado a los costos indirectos[[4]](#footnote-4).

En este orden de ideas, tanto las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como las excluidas de este –es decir, las que tienen un régimen especial– gozan de autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento. Para las entidades que se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tal autonomía está reconocida en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

**2.3. Modificación del contrato estatal. Diferencias entre prórroga, adición y renovación del contrato**

La ejecución de los contratos estatales está sujeta a los cambios propios del paso del tiempo. Así, durante la etapa de planeación, las entidades públicas estiman y determinan las prestaciones que demanda la satisfacción de la necesidad de interés colectivo que pretende satisfacer. No obstante, durante la ejecución del contrato, las partes identifican alguna de las siguientes situaciones: i) la necesidad de mayores cantidades de bienes o actividades inicialmente previstos, a lo que se le conoce como «mayores cantidades de obra», «obras adicionales» o adición de «ítems contractuales»; y ii) la necesidad de ampliar las prestaciones contractuales, mediante la ejecución de nuevos ítems o actividades, no incluidos en el contrato inicial, para lo que en la práctica las entidades ejecutan «obras extra» o «amplían el alcance» del contrato mediante la celebración de un «contrato adicional».

No obstante, estos términos –algunos de ellos usualmente empleados en contratos de obra– son nociones doctrinarias que se utilizan en la práctica por las entidades estatales, que actualmente no tienen un fundamento particular en el ordenamiento jurídico, el cual no le asigna efectos específicos a cada uno de ellos. Lo importante es que frente a cualquier incremento del valor inicial del contrato, que es lo que implica una *adición,* por cualquiera de los dos supuesto señalados previamente, e independiente del nombre que se le dé al acuerdo, aplica el límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la 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». De manera que aunque es posible celebrar todos los tipos de acuerdos indicados, siempre se debe observar esta última disposición[[5]](#footnote-5).

Dicha norma además de consagrar una prohibición trae implícita una autorización, consistente en la posibilidad de adicionar los contratos estatales, siempre que no se supere el tope establecido. El cálculo de la adición del contrato estatal, cualquiera que sea la causa, se rige por lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la 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». En consecuencia, al momento de hacer la adición se debe tener en cuenta que el cálculo del límite debe hacerse en salarios mínimos para efectos de que el cálculo del tope sea preciso; de manera que para adicionar un contrato debe dividirse el valor inicial por el salario mínimo vigente al momento de la suscripción del contrato, y luego dividirlo por 2; el resultado obtenido constituirá el número de SMLMV por los cuales podrá adicionarse el contrato.

En este sentido, para evitar equivocaciones, lo ideal es que cada que se efectúe una adición, se estime su valor en salarios mínimos, que se calcularán con base en el vigente al momento de la adición, de manera que se descuenten estos de los salarios mínimos que restan por adicionar, ya que las modificaciones podrían hacerse en diferentes años, porque si el contrato se ejecuta sin existir variación en el valor del salario mínimo la operación sería la misma si se toma el monto en pesos.

El razonamiento anterior se soporta en la forma como la Ley 80 estableció el tope para las adiciones, acudiendo a una forma de actualización del valor, de acuerdo con los incrementos que tenga el salario mínimo, lo que resulta especialmente relevante en contratos de larga duración.

De otra parte, cable aclarar que como modificaciones del contrato es usual utilizar y/o confundir los términos de prórroga, adición y renovación del contrato. La confusión entre estos conceptos se debe ocasiones en donde se da uso indistinto o impreciso a estos conceptos en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia. De esta manera, el artículo 45 del derogado Decreto 150 de 1976[[6]](#footnote-6), al ocuparse de los contratos adicionales, estableció que las *adiciones* podían efectuarse en relación con el valor o el plazo, de manera que se desarrolló bajo un mismo concepto la posibilidad de modificar el valor o el plazo de los contratos, esto es, mediante *adiciones.*

El derogado Decreto Ley 222 de 1983 conservó la estructura de la norma anterior, al señalar, en el inciso primero del artículo 58, que: «*Las adiciones relacionadas con el valor* quedarán perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. *Las relacionadas con el plazo sólo requerirán firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías* […]»[[7]](#footnote-7). De esta manera, pese a que esta disposición en algunos de sus incisos utiliza el concepto prórroga, no contiene una distinción clara entre las adiciones y las prórrogas, en vista de que mediante las *adiciones* puede modificarse tanto el plazo como el valor de los contratos, para dichos eventos el artículo indicado señaló que debía suscribirse un «contrato adicional».

La Ley 80 de 1993 no se refirió en términos generales a la posibilidad de modificar el plazo de los contratos estatales o a la fijación de límites o condiciones de procedencia, como se hizo en los anteriores estatutos de contratación, aunque dicha posibilidad se desprendería de lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según el cual «En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes […]»; no obstante, en el inciso segundo del parágrafo del mismo artículo estableció límites a la *adición* de los contratos estatales, indicando que «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales»[[8]](#footnote-8).

 Ahora bien, como los estatutos contractuales no establecen una diferencia clara entre los conceptos propuestos, es necesario recurrir a otras disposiciones y aportes doctrinarios para distinguirlos. Como distinción inicial, se tiene que el concepto *prórroga* está particularmente ligado con la modificación ―ampliación― del plazo de los contratos; las *adiciones* con el incremento del valor, debido a la inclusión de nuevas obligaciones, sea por la introducción de nuevas actividades o por la ejecución de una mayor cantidad de las pactadas inicialmente; y la *renovación* con el nacimiento de un nuevo contrato, en condiciones similares o idénticas al contrato inicial.

Estas distinciones guardan relación con el uso común de los conceptos, es decir, no reducido a su significación jurídica. En efecto, el Diccionario de la Lengua Española ―DLE― define la *prórroga* como: «1. f. Continuación de algo por un tiempo determinado. 2. f. Plazo por el cual se continúa o prorroga algo». Como se observa, la definición indica que la prórroga está asociada a los plazos, lo que implica extender los efectos de algo por un tiempo mayor. Ahora bien, en relación con la *adición*, el DLE señala que consiste en la acción y efecto de añadir, definiendo añadir como: «1. tr. Agregar, incorporar algo a otra cosa. 2. tr. Aumentar, acrecentar, ampliar». Como se observa, la adición en relación con los contratos implicaría incorporar nuevas obligaciones, lo que en los contratos estatales aparejaría un incremento en la contraprestación, es decir, en el precio. Finalmente, el diccionario indica que la *renovación* consiste en: «1. tr. Hacer como de nuevo algo, o volverlo a su primer estado 2. tr. Restablecer o reanudar una relación u otra cosa que se había interrumpido (…) 4. tr. Sustituir una cosa vieja, o que ya ha servido, por otra nueva de la misma clase». Como se observa, la renovación consiste en hacer algo de nuevo, de manera que, en principio consistiría en la celebración de un nuevo contrato en condiciones idénticas o similares a un contrato anterior.

Algunos doctrinantes del contrato estatal se han esforzado en señalar las diferencias entre los conceptos de *adición* y *prórroga*, que son comúnmente utilizados en estos contratos; no así en relación con el concepto de *renovación*, cuya diferencia con la prórroga es desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina del derecho privado, en vista de que aquel concepto es propio de los contratos de arrendamiento, concluyendo que la prórroga consiste en extender los efectos de un contrato por un término mayor, es decir, prorrogar el mismo contrato; mientras que la renovación consiste en la celebración de un nuevo contrato, al indicar que «el renovado es uno nuevo». En efecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 8 de octubre de 1997, exp. 4.818 (M.P. Pedro Lafont Pianetta), indicó:

El derecho a la *renovación* del contrato para el [comerciante](http://www.gerencie.com/quienes-son-comerciantes.html) que haya ocupado el inmueble con un mismo establecimiento mercantil por lapso no inferior a dos años consecutivos, derecho este respecto del cual, precisó la Corte en sentencia de su sala Plena proferida el 20 de noviembre de 1971, que no ha de confundirse con la prórroga del contrato, pues *el renovado es uno nuevo, que puede acordarse o celebrarse con sujeción a las circunstancias especialmente en cuanto a*[*precio*](http://www.gerencie.com/precio.html)*y utilización de la cosa arrendada*[[9]](#footnote-9). (Cursiva fuera de texto)

Establecidas las líneas de distinción entre la prórroga y la renovación, es necesario hacer lo propio entre aquel y la adición. Como se indicó, este tema ha tenido gran trascendencia en los contratos estatales, pese a que suelen utilizarse indistintamente, para referirse a diferentes modificaciones del contrato estatal. La doctrina sintetiza dicha distinción al indicar que:

[…] la norma lo que autoriza es la *prórroga* del contrato de interventoría, cuando simplemente debió decir *adición,* porque en sentido jurídico-técnico aquella supone la reproducción de las obligaciones del contrato inicial para un nuevo plazo ―como acontece con el contrato de arrendamiento o el laboral―, mientras que la adición supone agregar obligaciones al contrato principal ―de las mismas pactadas o de otras distintas―, con o sin un nuevo plazo para su ejecución[[10]](#footnote-10).

De esta manera, la adición, al estar relacionada con agregar obligaciones al contrato principal, y dado el carácter oneroso de los contratos estatales implica un aumento del valor del contrato y, como se señala en la cita, puede traer como consecuencia que se aumente el plazo del contrato ―esto se debe a que esas obligaciones pueden necesitar un término adicional para ejecutarse―, pero no es necesario que ello ocurra, lo que dependerá del caso concreto. Ahora bien, la prórroga tiene una relación directa con el incremento del plazo del contrato, extendiendo los efectos de aquel por un término diferente.

En sentido similar a lo expuesto, DÁVILA VINUEZA vincula la prórroga con el incremento del plazo y señala que no necesariamente implica un aumento en el valor del contrato, aunque podría hacerlo. Al respecto afirma: «[…] por medio de la prórroga el plazo de cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato se desplaza en el tiempo. Per se no implica aumento de valor ya que el objeto contratado no se altera. Cosa diferente es que el aumento del plazo por razones no imputables al contratista en muchas ocasiones genera un mayor costo que debe ser reconocido, siendo, entonces, el mayor plazo la causa del mayor valor. Este deberá ser aceptado para mantener a salvo la ecuación financiera del contrato»[[11]](#footnote-11).

Con base en las consideraciones previas y en atención al objeto concreto de la consulta, se considera que las entidades estatales pueden realizar modificaciones al contrato de obra pública durante la ejecución, como lo sería el adicionar obligaciones que impliquen mayores cantidades de obra o ajustes del precio que varien en el valor del contrato, evento en el cual, además de la justificación que corresponda y de la formalización de la modificación contractual, -que deber cumplir con las solemnidades propias del contrato estal-, debe respetar el límite cuantitativo previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según como se explicó en líneas anteriores.

**3. Respuesta**

«¿En el evento de que durante la ejecución de un contrato público de obra surjan ítems no previstos y/o se presente la necesidad de ajustar precios a alguno de los ítems de este, ¿Es necesario llevar a cabo una modificación al contrato? ¿Qué implicaciones tendría la inclusión de ítems no previstos y/o ajustar precios a alguno de los ítems?».

Las entidades estatales pueden realizar modificaciones al contrato de obra pública durante la ejecución, como lo sería el adicionar obligaciones que impliquen mayores cantidades de obra o ajustes del precio que varien en el valor del contrato, evento en el cual, además de la justificación que corresponda y de la formalización de la modificación contractual, -que deber cumplir con las solemnidades propias del contrato estatal-, debe respetar el límite cuantitativo previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según como se explicó en líneas anteriores.

Para realizar el cálculo para la adición de un contrato sin exceder el límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993, se debe realizar lo siguiente: i) dividir el valor inicial del contrato por el salario mínimo vigente al momento de su suscripción, este cálculo sirve para determinar el valor del contrato en SMLMV; ii) una vez se obtenga este valor se debe dividir en dos, el cociente de esa división constituye el valor máximo por el que se puede adicionar el contrato expresado en SMLMV. Cada vez que se quiera realizar una adición, se debe pasar el monto de pesos al valor del SMLMV del momento, descontando estos de los salarios mínimos que restan por adicionar, con el fin de no superar el límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Felipe Bastidas ParedesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de unificación del 25 de febrero de 2020. Exp. 25000-23-37-000-2014-00721-01(22473) (IJ). C.P. William Hernández Gómez. [↑](#footnote-ref-2)
3. «La manera como las ofertas presentan el precio varía demasiado, incluso por razón de la costumbre que se impone en determinados negocios. Por ejemplo, tratándose de la compraventa, del suministro o la prestación de servicios profesionales –entre otros contratos, que de hecho son la mayoría– el valor que se ofrece no se desglosa para revelar al destinatario su estructura de costos. El proponente se limita a establecer una cifra por la que está dispuesto a asumir ciertas obligaciones, pero el comprador desconoce cómo se compone internamente, es decir, no sabe –ni usualmente le interesa conocerlo– qué parte del valor corresponde a gastos de mano de obra, de transporte, de energía, cuál es la utilidad esperada, entre otros conceptos. En estos casos se limita a conocer con claridad absoluta cuánto le costará el bien o el servicio, porque es lo que pagará.

»Sin embargo, en otros negocios, como la obra pública, la concesión y la consultoría, el Estado está acostumbrado a que se desglosen intensamente los costos, exigiendo no sólo el precio total sino una distinción entre los *costos directos* y los *costos indirectos*. Los primeros son los gastos imprescindibles para ejecutar la obra, entre los que se encuentra: la adquisición de materiales, insumos y suministros, la inversión en equipos, el pago de la mano de obra de las cuadrillas de trabajadores obreros y otros gastos afines –representados en los *ítems* que componen el contrato–. Los costos *indirectos* aluden a los gastos que también son necesarios para la obra, pero que no hacen parte de los elementos mismos con los que se construye, es decir, se trata de los costos de administración de la obra, los imprevistos que se presentan durante su ejecución y la utilidad esperada» (MARÍN CORTÉS, Fabián. El precio. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2012. pp. 63-64). [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 14 de octubre de 2011. Exp. 20811, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-4)
5. Lo anterior, sin perjuicio de lo prescrito por la Ley 1474 de 2011, que en su artículo 85, en relación con los contratos de interventoría, excepciona la aplicación de la restricción analizada, de manera que podrán adicionarse sin importar su monto: «Artículo 85. Continuidad de la interventoría. Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993». [↑](#footnote-ref-5)
6. «Art. 45. De los contratos adicionales. Cuando por circunstancias especiales haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenidos, y no se trate de reajuste de precios previstos en este estatuto, la entidad interesada suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la mitad de la cuantía originalmente pactada más los reajustes que se hubieren efectuado. *Las adiciones relacionadas con el valor* quedarán perfeccionadas con la firma del jefe de la entidad contratante, previo registro presupuestal, adición y prórroga de las garantías otorgadas y pago de los impuestos correspondientes. *Las relacionadas con el plazo* sólo requerirán firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías». [↑](#footnote-ref-6)
7. «Artículo 58. De los contratos adicionales. Salvo lo dispuesto en el título IV, cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional.

»Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. Las relaciones con el plazo sólo requerirán firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías.

   »Serán requisitos para que pueda iniciarse la ejecución del contrato, la adición y prórroga de las garantías y el pago de los impuestos correspondientes.

   »Los contratos de interventoría, administración delegada, y consultoría previstos en este estatuto, podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo.

   »Las adiciones deberán publicarse en el Diario oficial.

   »En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas.

   »Parágrafo. Los contratos de empréstito distintos a los créditos de proveedores, no se someterán a lo dispuesto en este artículo». [↑](#footnote-ref-7)
8. Lo anterior sin desconocer: i) que la Ley 80 de 1993 en el artículo 36 y 37 estableció la posibilidad de prorrogar el término de duración de las concesiones para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, al igual que en relación con la concesión de servicios postales; y ii) dicha ley utiliza en varios lugares el concepto prórroga como la posibilidad de ampliar ciertos plazos, referidos a determinadas etapas de la etapa precontractual –arts. 30.4, 30.5 y 30.9-. [↑](#footnote-ref-8)
9. En igual sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. En Sentencia del 30 de agosto de 2011, M.P. William Namén Vargas. Rad. 1999-01957: «La renovación no se confunde con la prórroga del contrato, ‘el renovado es uno nuevo’ (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 20 de noviembre de 1971, CXXXVIII, 482 y ss; cas. civ. sentencias de 24 de septiembre de 1985 CLXXX, 431; 31 de octubre de 1994, exp. 3868; 7 de julio de 1998, rad. 10825; 8 de octubre de 1997, exp. 4818; 27 de julio de 2001, exp. 5860; 24 de septiembre de 2001, exp. 5876, 14 de abril de 2008, 2001 00082 01), y el prorrogado el mismo. La prórroga mantiene idéntico el contrato, no se presenta más sino por acuerdo anterior al vencimiento del plazo y lo continúa en las condiciones primarias por un período igual (artículos 218 [1], 520, 829, 1425 [“prorrogado por un período igual”], 1510, 1685, 1686, 1712, 1891C. de Co)». (corchetes y paréntesis propios del original). [↑](#footnote-ref-9)
10. MARÍN CORTÉS, Fabián G. El precio.Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Medellín: Librería jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo ―CEDA―, 2012. p. 227 y 228

. [↑](#footnote-ref-10)
11. DÁVILA VINUEZA. Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. 2ª ed. Bogotá: Legis, 2003. [↑](#footnote-ref-11)