CCE-DES-FM-17

**ADICIÓN – Concepto – Distintos supuestos – Prohibición de adicionar en más del 50% – Ley 80 de 1993**

Durante la fase de ejecución del contrato las partes identifican alguna de las siguientes situaciones: i) La necesidad de acometer mayores cantidades de los ítems o actividades inicialmente previstos, a lo que en la práctica 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, este último término, al igual que los señalados entre comillas ―algunos de ellos usualmente empleados en contratos de obra― son nociones doctrinarias y empleadas 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.

**EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Adición de contratos – Régimen especial de contratación – Exceptuadas – Inexistencia de topes – Principios de la función administrativa y de la gestión fiscal**

Las Empresas Sociales del Estado, en virtud del régimen especial de contratación prescrito en la Ley 100 de 1993, aplican derecho privado para el desarrollo de su actividad contractual, por lo tanto, no les aplican las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, particularmente, en relación con el tope para realizar adiciones a los contratos, y podrán determinar en sus manuales de contratación el límite de las adiciones u optar por no establecerlo.

En todo caso, las E.S.E. en desarrollo de su actividad contractual deben observar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, de manera que si respetan dichos principios y la entidad de régimen especial de contratación no estableció un tope respecto a la adición de sus contratos, en principio pueden celebrar adiciones que superen el límite establecido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, toda vez que esta disposición no les aplica.

Bogotá D.C., **24/08/2020 Hora 8:16:8s**

**N° Radicado: 2202013000007814**

Señor

**Juan Carlos Guarín Ferrer**

Ciudad

 **Concepto C ‒ 560 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | ADICIÓN – Concepto – Distintos supuestos – Prohibición de adicionar en más del 50% – Ley 80 de 1993 / EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Adición de contratos – Régimen especial de contratación – Exceptuadas – Inexistencia de topes – Principios de la función administrativa y de la gestión fiscal |
| **Radicación:**  | Respuesta consulta # 4202013000006997 |

Estimado señor Guarín:

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 14 de agosto de 2020. La consulta fue remitida por la Contraloría General de la República mediante oficio remisorio No. 2020EE0087760.

**1. Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas: «[…] 1. Se otorgue concepto de la Oficina Jurídica de la CGR o quien haga sus veces en el sentido de informar la posición de la CGR con respecto a los temas de su competencia en cuanto a las adiciones en valor o plazo que realicen las Empresas Sociales del Estado (E.S.E).

»2. Partiendo del supuesto que una Empresa Social del Estado, en su manual de contratación contemple las adiciones de los contratos, pero no establezca un límite o un porcentaje, se informe mediante concepto de la Oficina Jurídica de la CGR o quien haga sus veces la posición jurídica de la CGR de acuerdo a sus funciones de fiscalización otorgadas por el artículo 267 de la Constitución Política de 1991 y normas concordantes, en cuanto si una Empresa Social del Estado (E.S.E.) realiza adiciones en porcentajes mayores a los contemplados en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

»3. Se otorgue concepto de la Oficina Jurídica de la CGR o quien haga sus veces en el sentido de informar la posición de la CGR con respecto de si una Empresa Social del Estado (E.S.E.), que no contemple un límite en valor o porcentaje de adiciones según su manual de contratación y realice una adición por encima del porcentaje establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, si por solo ese hecho es objeto de ser sujeto disciplinable».

**2. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre las adiciones de contratos por parte de las Empresas Sociales del Estado en el concepto 4201912000006056 del 30 de septiembre de 2019. De otro lado, en los conceptos C–062 del 25 de marzo de 2020, C–100 del 27 de marzo de 2020, C–318 del 28 de mayo de 2020 y C–452 del 28 de julio de 2020 se refirió a la adición de los contratos estatales y sus límites en los contratos regidos por la Ley 80 de 1993, por lo que se reiterarán y ampliarán las consideraciones de dichos conceptos.

**2.1. Límite a la adición de los contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993**

La ejecución de los contratos estatales está sujeta a los avatares propios del paso del tiempo. Así, durante la planeación de estos la Administración se enfrentan a la ardua tarea de estimar y determinar las prestaciones que demanda la satisfacción de la necesidad de interés colectivo que pretende satisfacer. No obstante, en muchas ocasiones, durante la fase de ejecución del contrato las partes identifican alguna de las siguientes situaciones: i) La necesidad de acometer mayores cantidades de los ítems o actividades inicialmente previstos, a lo que en la práctica 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, este último término, al igual que los señalados entre comillas ―algunos de ellos usualmente empleados en contratos de obra― son nociones doctrinarias y empleadas 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.

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. Debe tenerse 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 a los incrementos que tenga el salario mínimo, lo que resulta especialmente relevante en contratos de larga duración.

**2.2. Adición de los contratos de entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993, con régimen especial de contratación**

Explicado el límite de las adiciones de los contratos estatales sometidos a la Ley 80 de 1993, debe tenerse en cuenta que el legislador estableció para algunas entidades del Estado que su actividad contractual no se sometería al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino a un régimen especial de contratación, que usualmente corresponde al derecho privado, como sucede con las Empresas Sociales del Estado –en adelante E.S.E.–, exceptuadas de la aplicación de la Ley 80 de 1993, en virtud del numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993[[1]](#footnote-1).

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 prescribe que las entidades del Estado, cuyo régimen de contratación sea diferente al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública deberán, en desarrollo de su actividad contractual, aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades:

Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Aunque la normativa civil y comercial no incorpora mayores restricciones para modificar los contratos, las entidades estatales tienen algunas restricciones en los procesos de contratación regulados por el derecho privado, en atención a los indicados principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

De los dos aspectos anteriores se desprenden dos consecuencias: en primer lugar, las entidades de régimen especial, entre ellas las E.S.E., al no someterse a la Ley 80, no les aplica el límite establecido en el parágrafo del artículo 40 estudiado en el acápite anterior, por lo que, en principio, pueden celebrar adiciones por valores que superen dicho límite; en segundo lugar, pese a que no les aplique dicho límite, en desarrollo de su actividad contractual, incluyendo la celebración de adiciones, deben observar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

En este sentido, aunque las entidades tengan un régimen especial de contratación deben planear adecuadamente sus contratos, y las adiciones que realicen no sanean las falencias originadas en una indebida planeación contractual, pues como se mencionó anteriormente, todas las entidades del Estado, en desarrollo de su actividad contractual, deben observar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, los cuales conducen a un ejercicio minucioso de planeación[[2]](#footnote-2).

 Esto es lo mismo que sucede con las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993, en el sentido de que aunque pueden celebrar adiciones respetando el tope establecido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, dichas adiciones deben respetar los mismos principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, por lo que toda adición debe contar con una justificación que satisfaga dichos principios.

Al no existir un límite en cuanto al monto o tiempo de las adiciones por parte de las entidades con régimen especial de contratación, y al aplicar en desarrollo de su actividad contractual el derecho privado, estas entidades pueden, aunque no necesariamente deben hacerlo, establecer en su manual interno de contratación un tope frente al monto de las adiciones. En caso de que este tope se regule en su manual interno vincula a la entidad de régimen especial y debe respetarlo; sin embargo, las entidades podrían optar por no establecer dichos límites.

**3. Respuestas**

«[…] 1. Se otorgue concepto de la Oficina Jurídica de la CGR o quien haga sus veces en el sentido de informar la posición de la CGR con respecto a los temas de su competencia en cuanto a las adiciones en valor o plazo que realicen las Empresas Sociales del Estado (E.S.E).

»2. Partiendo del supuesto que una Empresa Social del Estado, en su manual de contratación contemple las adiciones de los contratos, pero no establezca un límite o un porcentaje, se informe mediante concepto de la Oficina Jurídica de la CGR o quien haga sus veces la posición jurídica de la CGR de acuerdo a sus funciones de fiscalización otorgadas por el artículo 267 de la Constitución Política de 1991 y normas concordantes, en cuanto si una Empresa Social del Estado (E.S.E.) realiza adiciones en porcentajes mayores a los contemplados en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993»

Las Empresas Sociales del Estado, en virtud del régimen especial de contratación prescrito en la Ley 100 de 1993, aplican derecho privado para el desarrollo de su actividad contractual, por lo tanto, no les aplican las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, particularmente, en relación con el tope para realizar adiciones a los contratos, y podrán determinar en sus manuales de contratación el límite de las adiciones u optar por no establecerlo.

 En todo caso, las E.S.E. en desarrollo de su actividad contractual deben observar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, de manera que si respetan dichos principios y la entidad de régimen especial de contratación no estableció un tope respecto a la adición de sus contratos, en principio pueden celebrar adiciones que superen el límite establecido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, toda vez que esta disposición no les aplica.

«3. Se otorgue concepto de la Oficina Jurídica de la CGR o quien haga sus veces en el sentido de informar la posición de la CGR con respecto de si una Empresa Social del Estado (E.S.E.), que no contemple un límite en valor o porcentaje de adiciones según su manual de contratación y realice una adición por encima del porcentaje establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, si por solo ese hecho es objeto de ser sujeto disciplinable»

De conformidad con la competencia otorgada en el numeral 8 del artículo 11 y numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente atiende consultas relativas a temas contractuales en lo que se refiere a la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública; por tal motivo, esta entidad carece de competencia para pronunciarse respecto de actuaciones contractuales específicas. Lo anterior, sin perjuicio de las consideraciones realizadas previamente en este concepto.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista – Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. «Art. 195. Régimen Jurídico. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

[…]

»6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública». [↑](#footnote-ref-1)
2. Constitución Política: «Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

»Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley». [↑](#footnote-ref-2)