**EL LÍMITE DEL VALOR ESTABLECIDO EN EL PARAGRAFO DEL ARTÍCULO 40 DE LA LEY 80 DE 1993 - Alcance**

“(…) En consecuencia, tanto las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -EGCAP-, como las excluidas de este -por tener 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. Bajo tal perspectiva, cuentan con discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en su documento equivalente, así como en el contrato, el sistema de precios que más se ajuste el objeto a contratar.

Con todo, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 dispone expresamente que *“[e]n los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato (…)”*. En ese sentido, una de las disposiciones que deben considerarse en la celebración de convenios interadministrativos es este aparte normativo, comoquiera que esta modalidad contractual no se encuentra exceptuada de su aplicación.

**ADICIÓN – Prohibición – Monto – Cálculo – Parágrafo artículo 40 –**

Ley 80 de 1993 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. La regla establecida en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 aplica a todos los contratos estatales regidos por el EGCAP, independientemente de la modalidad de selección, de la tipología contractual del negocio jurídico que se considere necesario adicionar o del sistema de precios pactados. Ahora bien, para determinar cómo debe hacerse el cálculo de la adición, basta con remitirse a 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 adicionar debe tenerse en cuenta que el cálculo del límite debe realizarse 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 legal mensual vigente –SMLMV– al momento de la suscripción del contrato, y luego dividirlo por dos. 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 vez 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, pues 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.

Bogotá D.C., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] de [Año]

Señor

**Ciudadano Anónimo**

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C-392 de 2024** |
| **Temas:**  | LÍMITE DEL VALOR ESTABLECIDO EN EL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 40 DE LA LEY 80 DE 1993 - Alcance / ADICIÓN – Prohibición – Monto – Cálculo – Parágrafo artículo 40  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20240725007659 |

Estimado señor Ciudadano:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 25 de julio de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

*“Cordial Saludo,*

*En atención a las competencias legales de Colombia Compra Eficiente, me permito solicitar claridades sobre el alcance de del parágrafo único del artículo 40 de la ley 80 de 1993 que establece "Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales" En atención a lo anterior:*

*1) ¿Este parágrafo aplica a los contratos interadministrativos?*

*2) ¿A qué tipo de contratos no le aplica?*

*3) ¿Este parágrafo le aplica a contratos con valor o presupuesto cero (0)?”.*

De manera preliminar, resulta necesario precisar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas 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 particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. 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. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el (los) problema(s) jurídico(s) de su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá la siguiente cuestión jurídica: ¿Cuál es alcance del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 respecto a las adiciones por más del 50% del valor inicial del contrato? Y en este sentido ¿A qué tipos de contratos estatales le aplica este parágrafo?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| Atendiendo el problema planteado objeto de consulta, es necesario precisar que el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, 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 en la ley. La regla establecida en el parágrafo de dicha norma aplica a todos los contratos estatales regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP –, independientemente de la modalidad de selección, de la tipología contractual del negocio jurídico que se considere necesario adicionar o del sistema de precios pactados. Agregando a 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”.Dicho de otro modo, el inciso dos del parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993 aplica a todos los contratos estatales regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP – (incluyendo los contratos interadministrativos), haciendo salvedad en los contratos de interventoría, a causa de ser normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

Los procedimientos contractuales mediante los cuales las entidades ejecutan recursos públicos y satisfacen el interés general se rigen por la normativa de contratación pública ―Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 1082 de 2015―, que contiene los principios, reglas y procedimientos que rigen los contratos de las Entidades Estatales. Específicamente, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ―en adelante EGCAP– se aplica a las Entidades Estatales relacionadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 y demás normas que lo complementan, con lo cual se puede determinar quiénes deben cumplir los principios y obligaciones señalados en las normas citadas.

El EGCAP define la noción de contrato estatal como “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”. En otras palabras, un contrato estatal es cualquier acto jurídico generador de obligaciones que celebren las Entidades Estatales a las que dicha Ley se refiere, previstos en el derecho privado o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

La Ley 80 de 1993 facultó de manera expresa a las Entidades Estatales para celebrar contratos y los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran para el cumplimiento de los fines estatales, así como la continua y eficiente prestación de servicios públicos[[1]](#footnote-2). Esto significa que las Entidades Estatales que se rigen por la Ley 80 de 1993, en virtud de la reseñada autonomía de la voluntad, pueden celebrar todos los acuerdos, indistintamente de su denominación como contratos o convenios, etc., que requieran para el cumplimiento de sus objetivos misionales y la consecuente realización de los fines del Estado[[2]](#footnote-3).

Como se viene de resaltar y también lo prevé el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, el contrato estatal es un negocio jurídico creador de obligaciones que, en líneas generales, es conmutativo y, por lo mismo, en el momento de su celebración, requiere la certeza sobre las prestaciones a ejecutar por el contratista y el precio que la Entidad Estatal ha de pagar, el cual debe estar determinado o ser determinable.

Es por ello por lo que, según el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, uno de los elementos esenciales de los contratos estatales es el precio, también conocido como valor. 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.

Al respecto, el EGCAP no consagra 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 fijación 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-

El precio del contrato estatal puede comprender los costos *directos* e *indirectos*, siendo los primeros recursos que se van a utilizar para la ejecución del objeto contractual y los segundos, también conocidos como *overhead*, caracterizados como los gastos que, si bien no inciden en forma directa, sí afectan su valor.

Por tanto, las entidades sometidas al EGCAP, como las excluidas de este -por tener 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 EGCAP, tal autonomía está reconocida en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Bajo tal perspectiva, cuentan con discrecionalidad para establecer en el Pliego de Condiciones o en su documento equivalente, así como en el contrato, el sistema de precios que más se ajuste el objeto a contratar, así como la forma de pago.

Con todo, el inciso dos del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 consagra una limitación a tal autonomía. En efecto el precitado artículo dispone expresamente que “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.” En ese sentido, una de las disposiciones que deben considerarse en la celebración de convenios interadministrativos es este aparte normativo, comoquiera que esta tipología contractual no se encuentra exceptuada de su aplicación.

En consecuencia, las entidades sometidas al EGCAP, aunque gozan de autonomía y, hasta cierto punto, de discrecionalidad 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, al suscribir la referida tipología contractual, habrán de observar como límite el valor porcentual máximo objeto de adición previsto en el inciso segundo del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el cual no está restringido a una tipología contractual específica o a una modalidad concreta de selección del contratista.

Lo anterior, sin perjuicio de que dicho límite solo resulta aplicable para aquellos convenios interadministrativos que comporten un contenido patrimonial y que, por ende, estén sujetos al régimen jurídico del EGCAP. Entre tanto, los convenios interadministrativos que no tienen contenido patrimonial y que, consecuencialmente, no están sujetos al referido Estatuto, no están obligados a dar cumplimiento al límite porcentual máximo previsto en el inciso segundo del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, para determinar cómo debe hacerse el cálculo de la adición, basta con remitirse a 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”.

Por esta razón, al momento de adicionar debe tenerse en cuenta que el cálculo del límite debe realizarse 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 legal mensual vigente –SMLMV– al momento de la suscripción del contrato, y luego dividirlo por dos. 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 vez 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, pues 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 fundamenta en la forma como la Ley 80 de 1993 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. En ese sentido, se considera que debido a que cuando el legislador fijó ese límite de la adición de los contratos estatales acudiendo al concepto o, si se quiere, a la fórmula de los SMLMV quedó prevista intrínsecamente una actualización del valor del dinero, en aras de corregir su depreciación, para efectos de establecer el tope por el cual se puede incrementar el valor de los contratos estatales.

Adicionalmente, es pertinente indicar que la Corte Constitucional se pronunció sobre la adición de los contratos por mayores cantidades de obra en la Sentencia SU-214 del 16 de junio de 2022, en la cual se señaló que en estos eventos la restricción del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial aplica con independencia de la modalidad contractual de que se trate y del sistema de precios pactado:

“(…) aunque la jurisprudencia del Consejo de Estado ha admitido que los contratos pactados por el sistema de precios unitarios permiten ejecutar mayores cantidades de obra de los ítems pactados sin que haya necesidad de suscribir un contrato adicional, ello, en modo alguno, significa que la administración puede obviar el principio de planeación que, naturalmente, aplica a todos los contratos públicos. Así pues, en los contratos pactados por el sistema de precios unitarios, las mayores cantidades de obra no deben ser consecuencia de una deficiente planeación del contrato. Además, las mayores cantidades deben ejecutarse en consideración del inciso final del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 que dispone que “[l]os contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”, pues, esta restricción aplica con independencia de la modalidad contractual de que se trate y del sistema de precios pactado”.

En ese orden, esta Agencia comparte las consideraciones con lo señalado por la Corte Constitucional en la SU-214 de 2022, según la cual en todos los contratos estatales independientemente de la modalidad de selección o del sistema de precios pactados se deberá respetar el límite de adición señalado en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 tanto para las mayores cantidades de obra como para los ítems no previstos.

1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Ley 80 de 1993 - artículos 3, 13, 28, 32, 40.
* Ley 1474 de 2011 - artículos 85, 91.
* Ley 1150 de 2007.
* Decreto 1082 de 2015.
* Constitución Política de Colombia – artículo 209.
 |

1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

Sobre el alcance y aplicación de la Ley 80 de 1993 - artículo 40 en su inciso final con relación a la adición en más del cincuenta por ciento (50%) en los Contratos Estatales se pronunció esta Subdirección en los conceptos C-100 de 27 marzo del 2020, C-152 de 1 abril del 2022, C-784 de 21 noviembre del 2022, C-824 de 29 noviembre del 2022, C-950 de 24 enero 2023, C-171 de 22 agosto 2023 se estudió como límite el valor porcentual máximo objeto de adición previsto en el artículo ya mencionado. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual. Accede a través del siguiente enlace: [https://relatoria.colombiacompra.gov.co/](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Frelatoria.colombiacompra.gov.co%2F&data=05%7C02%7Cjose.garcia%40colombiacompra.gov.co%7C5aad36a736844ec87b2108dcc1fa4639%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638598527919569564%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=dxd5A4gL5eWAFf8ZLcaVWYdH0y65hi6R6J0wtaeazGQ%3D&reserved=0). Te invitamos también a revisar la tercera edición del  Boletín de Relatoría de 2024 en el cual podrás consultar en detalle el marco normativo de documentos tipo: [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/files\_2020/boletin\_de\_realtoria\_iii.pdf](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsites%2Fcce_public%2Ffiles%2Ffiles_2020%2Fboletin_de_realtoria_iii.pdf&data=05%7C02%7Cjose.garcia%40colombiacompra.gov.co%7C5aad36a736844ec87b2108dcc1fa4639%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638598527919586336%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=3OWqvX2vNeq0sJlIbcVLjxHBJmXZsckuX8h9xNnXvRQ%3D&reserved=0).

De otra parte, te informamos que entre el 15 al 29 de agosto de 2024 estará disponible para comentarios la Guía para Promover la Participación de las MIPYMES en los Procesos de Compra y Contratación Pública. Esta nueva versión desarrolla lineamientos para la aplicación de los incentivos regulados por normas como la Ley 2069 de 2020 y los decretos 1860 de 2021, 142 de 2023 y el 874 de 2024. Te invitamos a participar dejando tus observaciones en los siguientes enlaces: [https://www.sucop.gov.co/entidades/colombiacompra/Normativa?IDNorma=17363](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.sucop.gov.co%2Fentidades%2Fcolombiacompra%2FNormativa%3FIDNorma%3D17363&data=05%7C02%7Cjose.garcia%40colombiacompra.gov.co%7C5aad36a736844ec87b2108dcc1fa4639%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638598527919594874%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=krqmE8%2FpYqPCPNeHY4Zy3Kwu7RqL9pAwK1dRj5ceqss%3D&reserved=0) y [https://www.colombiacompra.gov.co/content/convocatorias](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fcontent%2Fconvocatorias&data=05%7C02%7Cjose.garcia%40colombiacompra.gov.co%7C5aad36a736844ec87b2108dcc1fa4639%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638598527919601958%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=4xNNmjXVrn1b4lp%2FsmoDY7vqjg1pT00Z2lkIbUY6uwE%3D&reserved=0).

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sergio Andrés Rivera CanoContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Artículos 3 y 40 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-2)
2. Artículo 209 de la Constitución Política de 1991. [↑](#footnote-ref-3)