**ADICIÓN – Concepto – Distintos supuestos – Prohibición – Adición en más del 50%**

[…] 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 pueden identificar alguna de las siguientes situaciones: i) la necesidad de mayores cantidades de bienes o actividades a las inicialmente previstas, 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, la expresión “contrato adicional” al igual que las otras nociones doctrinarias y jurisprudenciales arriba señaladas entre comillas son de uso común en la práctica contractual por las Entidades Estatales. En ese sentido, dada la naturaleza de este sistema de precios, que contempla la posibilidad de variar las cantidades e ítems originalmente previstos entre las partes, tanto la jurisprudencia como la doctrina han desarrollado los conceptos de “mayores cantidades de obra” y de “obras extras o adicionales”, nociones que no corresponden a la misma figura juridica, tal y como se procede a explicar. Mientras que las “mayores cantidades de obra” implica aumentar las cantidades de los ítems pactados desde el comienzo, la noción de “obras extras o adicionales” exige incluir obras o actividades que no habían sido convenidas, pero que, de todos modos, son indispensables para el cumplimiento del objeto.

**ADICIÓN – Prohibición – Monto – Cálculo – Parágrafo artículo 40 – Ley 80 de 1993**

En la doctrina expuesta en dichos conceptos esta Agencia ha sostenido respecto del artículo 40 de la Ley 50 de 1993 lo siguiente: “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”.

La postura expuesta previamente por la Subdirección de Gestión Contractual, en torno al tope de la adición de los contratos, no ha sido pacifica, por el contrario, ni la doctrina ni la jurisprudencia del Consejo de Estado han sido uniformes en la caracterización de las figuras. En razón a ello, resulta relevante, a efectos de atender la consulta planteada exponer las diferentes posturas en relación con el tope establecido para adicionar los contratos, especialmente, frente a aquellos en los que el precio se ha pactado bajo la modalidad de precios unitarios. Dicha exposición se realiza con el fin de explicar las razones por las cuales esta Agencia considera necesario hacer un cambio en su línea doctrinal sobre el tema analizado en los contratos cuya estructuración y pago se realiza por precios unitarios.

**ADICIÓN – Mayores cantidades – Límites – Posturas**

La primera postura, que fue señalada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y adoptada por el Consejo de Estado en otros pronunciamientos, parte de considerar que solo hay lugar a la celebración de un contrato adicional y, por tanto, que se encuentre sometido al parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, cuando se trate de adicionar una obra u actividad que no estaba contemplada en el alcance inicial del contrato.

En tal sentido, y según dicha postura, a otros aumentos del valor originados, por ejemplo, en mayores cantidades de obra, no les aplica la prohibición, ya que, bajo dicha tesis, el valor inicial del contrato, en el sistema de precios unitarios, solo consiste en un estimativo del costo que tendrá el contrato, que solo logra determinarse una vez termine la ejecución, de manera que con las mayores cantidades de obra no se presentaría una modificación del precio, sino que simplemente se determinará el valor final del contrato, que no será diferente del precio acordado inicialmente que se mantendrá invariable, precisándose, al final, el monto real del estimativo.

[…]

La otra postura, defendida por otra parte de la doctrina, y que es la que sostenía esta Agencia, considera que cualquier aumento del valor, independientemente de la causa que lo origine, se enmarca dentro del límite del parágrafo del artículo 40, de manera que la norma debe entenderse en el sentido de que cualquier aumento del precio inicial, que implique añadir recursos a los inicialmente previstos, implica la celebración de una adición ―que será un contrato―, independientemente del nombre que se le dé y que necesariamente se someterá a la norma prohibitiva, salvo norma especial que excepcione la regla general.

**MODIFICACION DE LOS CONTRATOS ESTATALES – Procedencia – Límites**

La concepción genérica de la conservación del objeto contractual establecida por la jurisprudencia fue particularmente significativa en los contratos de precios unitarios. Los estatutos contractuales, comenzando por la Ley 36 de 1966 y hasta la Ley 80 de 1993, establecen como límite cuantitativo de los contratos adicionales el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato inicial. De tiempo atrás, el Consejo de Estado analizando los contratos a precios unitarios, consideró que esta limitación no se aplicaba a las simples adiciones de las unidades no previstas originalmente.

[…]

Visto el desarrollo jurisprudencial del tema, si bien, no se evidencia que se haya expedido sentencia de unificación sobre la materia, se advierte que, en la jurisprudencia reciente de la Sección Tercera del máximo tribunal judicial de las controversias contractuales del Estado, existe cierto consenso en torno a la idea de que las mayores cantidades de obra en contratos que utilizan la metodología de precios unitarios no implican adiciones del valor inicial del mismo, ya que este tiene un carácter indicativo. Con base en esto, dicha Sección ha establecido que el límite a las adiciones previsto en el segundo inciso del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, no impide que se ejecuten mayores cantidades de obras a las inicialmente estimadas, por valores incluso mayores al cincuenta por ciento (50%) del valor estimado al inicio de la ejecución, siempre que hayan sido autorizadas por la entidad contratante.

**MODIFICACION DE LOS CONTRATOS ESTATALES – Procedencia – Límites – Principio de planeación**

Sin perjuicio de lo expuesto, fuera de los límites cuantitativos señalados en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y de la cláusula excepcional de modificación de los contratos estatales, no existe un desarrollo legal o reglamentario sobre las reglas aplicables a la modificación del contrato estatales. Han sido los aportes de la jurisprudencia, de la función consultiva del Consejo de Estado, y de la doctrina comparada, los que han permitido estructurar los límites y requisitos de orden temporal, formal, material y axiológico para la modificación de un contrato estatal. Estos límites deben ser respetados por la entidad contratante a preservar los principios de origen legal como es el principio de planeación, de selección objetiva de libertad de concurrencia, de transparencia, de igualdad, entre otros, tal y como se explicará a continuación.

[…]

Por consiguiente, pese a la posibilidad de que se varíen de las cantidades de obra, los contratos a precios unitarios tienen un valor inicial que obedece a la estructuración y planificación que los procede. En ese sentido, aun cuando el Consejo de Estado ha considerado la posibilidad de ejecutar incluso en valores mayores al cincuenta por ciento (50%) en el sistema de precios unitarios, lo cierto es que, situaciones en las que se ejecuta de manera desproporcionada el valor inicial de un contrato estatal, pueden ser sintomáticas de falencias en la planeación del contrato.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Concepto – Marco jurídico**

En relación con el segundo problema jurídico, es menester decir que, durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública usualmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales, con base en las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control. Entre dichas potestades se encuentran: i) las cláusulas excepcionales consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en las cuales se incluye la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión, desarrolladas en los artículos 15 a 19 *ibidem*; ii) las previstas en los artículos 11 y 7 de la Ley 1150 de 2007, relacionadas con la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro; y iii) las dispuestas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 respecto a la *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas, aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral, especialmente, cuando es posible pactar estas cláusulas en virtud de las normas civiles y comerciales.

**TERMINACIÓN UNILATERAL – Presupuestos**

[…] la terminación unilateral anticipada del contrato conduce al cese de la relación contractual. Esta puede decretarse ante la ocurrencia de alguno de los supuestos fácticos del artículo 17 de la misma Ley. Estos supuestos son*: i) razones de servicio público o de orden público,* ii) muerte o incapacidad física permanente del contratista –persona natural– o disolución de la persona jurídica, iii) interdicción judicial o declaratoria de quiebra del contratista y iv) cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista, que afecten gravemente la ejecución del contrato.

**TERMINACIÓN UNILATERAL – Presupuestos – Exigencias del servicio público – Situaciones de orden público**

La primera causal consignada en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 se refiere a dos situaciones diferentes, las cuales se proceden a exponer. En primer lugar, expresa que procederá la terminación unilateral del contrato cuando con la ejecución del objeto pactado se afecte algunas de las necesidades propias de los administrados que deben ser satisfechas por el Estado, de tal forma que, de una parte, afecta la actividad administrativa que se quiere realizar con la celebración del negocio o, de otra, la consecución de aquello encargado por la Administración a su contratista. No obstante, permitir la cabal prestación del servicio público propio del contrato, perjudica la actividad estatal en su conjunto.

[…]

En segundo lugar, la ley permite la terminación unilateral de un contrato estatal cuando se presenten situaciones que alteren el orden público de forma grave y definitiva respecto de la ejecución del contrato. En este caso, la causal comprende. En este caso, la causal atiende comprende la conciencia del Estado de la existencia de una situación que escapa a sus controles para garantizar la seguridad y protección de los Administrados, lo cual incluye, a sus contratistas. De esta manera, dando prevalencia a los derechos fundamentales de quienes actúan en favor de la Administración en virtud de un vínculo contractual, deben prevalecer la vida e integridad personal de los contratistas, frente a la ejecución de actividades de servicio público.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Límites a la capacidad ― Régimen**

El régimen de inhabilidades para contratar con el Estado es un conjunto de restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer relaciones contractuales con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico. Al respecto, la Corte Constitucional explica que: “las inhabilidades representan una limitación a la capacidad para contratar con las Entidades del Estado y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito en el sujeto incapacitado quien por esta razón no podrá hacer parte de una relación contractual”.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Concepto ― Diferencias**

Conviene también distinguir las fuentes de las inhabilidades, las cuales han sido clasificadas en dos (2) grupos: i) inhabilidades-sanción y ii) inhabilidades-requisito. En el *primer* grupo se encuentran las inhabilidades que surgen como consecuencia de un proceso sancionatorio, en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional o de pérdida de investidura. En el *segundo* grupo están aquellas que no devienen de un proceso sancionatorio, sino de condiciones propias de la persona y garantizan la moralidad, la imparcialidad, la eficacia y la transparencia.

**INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Interpretación restrictiva ― Principio *pro libertate***

[…] el principio *pro libertate* es el que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como sucede con las causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal. Por lo tanto, no es posible llevar a cabo la interpretación extensiva de estas, debiendo preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas, salvaguardando el interés general en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad.

**INHABILIDADES – Ley 80 – Artículo 8 – Numeral 1 – Literal F**

Conforme a lo expuesto, de acuerdo al mandato constitucional antes señalado y lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con Entidades Públicas personas privadas que manejen o administren recursos públicos. Lo anterior en la medida que, un servidor público no puede recibir doble erogación del Estado ni celebrar contrato alguno con otras entidades públicas. Ahora bien, en el caso que se traten de servicios que se presten en una entidad privada que no maneje o administren recursos públicos, no se evidencia impedimento legal alguno, para que perciba honorarios por concepto de trabajos particulares ejecutados en una entidad privada, dado que no se ha previsto incompatibilidad alguna constitucional o legal frente a ingresos provenientes del sector privado.

Bogotá D.C., 23 de septiembre de 2024.



Señor

**Sergio Alexander Abonce Trejos**Riosucio, Antioquia

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C- 466 de 2024** |
| **Temas:** | ADICIÓN – Concepto – Distintos supuestos – Prohibición – Adición en más del 50% / ADICIÓN – Prohibición – Monto – Cálculo – Parágrafo artículo 40 – Ley 80 de 1993 / ADICIÓN – Mayores cantidades – Límites – Posturas / MODIFICACION DE LOS CONTRATOS ESTATALES – Procedencia – Límites / MODIFICACION DE LOS CONTRATOS ESTATALES – Procedencia – Límites – Principio de planeación / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Concepto – Marco jurídico / TERMINACIÓN UNILATERAL – Presupuestos / TERMINACIÓN UNILATERAL – Presupuestos – Exigencias del servicio público – Situaciones de orden público / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Límites a la capacidad ― Régimen / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Concepto ― Diferencias / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ― Interpretación restrictiva ― Principio *pro libertate /* INHABILIDADES – Ley 80 – Artículo 8 – Numeral 1 – Literal F |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta con radicado No. P20240809008176 |

Estimado señor Abonce Trejos:

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, del 9 de agosto de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

“1) A los contratos de obra pactados en la modalidad de precios unitarios, les aplica el límite de adición del 50% del art. 40 de la Ley 80 de 1993?.

2) Que comprende y como se explica la causal de terminación unilateral del contrato "Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga", del art. 17 de la Ley 80 de 1993.

3) Un servidor público puede celebrar contrato con un privado que a su vez tiene un contrato con el Estado?.”.

De manera preliminar, resulta necesario acotar 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 unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: i) ¿El límite del cincuenta por ciento (50%) a la adición del valor inicial del contrato, de que trata el artículo 40 de la Ley 80 de 1933, es aplicable a los contratos estructurados bajo el sistema de precios unitarios?: ii) ¿Cuál es el alcance de la causal de terminación unilateral del contrato dispuesta en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 según la cual: "Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga"? y iii) ¿Un servidor público puede celebrar contrato con un privado que a su vez tiene un contrato con el Estado?”.

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| i) Si bien, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece un límite cuantitativo a la adición del valor de los contratos estatales, según el cual no podrán adicionarse por encima del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial del contrato expresado en SMLMV, dicho límite no aplica respecto de las mayores cantidades de obra que deban ejecutarse en el marco de contratos cuya contraprestación se haya pactado bajo la modalidad de precios unitarios. De acuerdo con la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado, esta limitación no es aplicable a dichos contratos, por cuanto en estos contratos el valor estipulado es estimativo y está sujeto a multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas.  No obstante, la concepción de mayores cantidades de obra, como expresión del contrato original sin valor determinado, aunque determinable, no puede dar lugar a una ampliación ilimitada de estos contratos, pues estas no se encuentran exentas de la aplicación de los principios que rigen la contratación estatal. Es por esto por lo que, cada Entidad Estatal debe realizar un análisis detallado para autorizar la ejecución de mayores cantidades de obra, estableciendo su procedencia desde la perspectiva jurídica, técnica y financiera. De cualquier modo, el hecho de que, según la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado, el valor inicial de los contratos por precios unitarios sea indicativo, no puede ser interpretado como una patente de corso para ejecutar de manera desproporcionada e irrazonable los contratos estatales vigentes, ya que ello no solo puede evidenciar infracciones al deber de planeación y al principio de selección objetiva, sino que también puede atentar contra los principios de la función administrativa y la gestión fiscal conduciendo a detrimentos del recurso público.  ii) La primera causal ante la cual es posible decretar la terminación unilateral del contrato, consignada en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, obedece a *razones de servicio público o de orden público.* Esta causal se refiere a dos situaciones diferentes, las cuales se proceden a exponer. En primer lugar, expresa que procederá la terminación unilateral del contrato cuando con la ejecución del objeto pactado se afecte algunas de las necesidades propias de los administrados que deben ser satisfechas por el Estado, de tal forma que, de una parte, afecta la actividad administrativa que se quiere realizar con la celebración del negocio o, de otra, la consecución de aquello encargado por la Administración a su contratista. No obstante, permitir la cabal prestación del servicio público propio del contrato, perjudica la actividad estatal en su conjunto.  Conforme a lo expuesto, esta causal atiende al estudio de la Administración en su conjunto, como un aparato engranado en el que todas las entidades que lo conforman deben actuar bajo un mismo objetivo, cual es la satisfacción del interés general, mediante la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, evitando que sus funciones y el campo de acción de cada una interfiera entre ellas.  En segundo lugar, la ley permite la terminación unilateral de un contrato estatal cuando se presenten situaciones que alteren el orden público de forma grave y definitiva respecto de la ejecución del contrato. En este caso, la causal comprende. En este caso, la causal atiende comprende la conciencia del Estado de la existencia de una situación que escapa a sus controles para garantizar la seguridad y protección de los Administrados, lo cual incluye, a sus contratistas. De esta manera, dando prevalencia a los derechos fundamentales de quienes actúan en favor de la Administración en virtud de un vínculo contractual, deben prevalecer la vida e integridad personal de los contratistas, frente a la ejecución de actividades de servicio público.  La causal del artículo 17 obedece entonces a la presencia de situaciones de conveniencia y oportunidad no idóneas para la cabal ejecución del objeto contrato, atendiendo a situaciones externas a las partes, que comportan un riesgo bien sea para el colaborador de la entidad, o bien derivan en un perjuicio para la finalidad común de la actividad administrativa.  iii) De acuerdo al mandato contenido en el artículo 127, y lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con Entidades Públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales. Lo anterior en la medida que, un servidor público no puede recibir doble erogación del Estado ni celebrar contrato alguno con otras entidades públicas.  Ahora bien, en el caso que se traten de servicios que se presten en una entidad privada que no maneje o administren recursos públicos, en principio, no se evidencia la existencia de alguna restricción expresa para que un servidor público con una entidad privada, dado que no se ha previsto incompatibilidad alguna constitucional o legal frente a ingresos provenientes del sector privado.  En todo caso, corresponde a las Entidades Estatales estudiar en caso concreto determinar en cada caso concreto si se presentan o no circunstancias que den lugar a la configuración de inhabilidades o incompatibilidades. Adicionalmente, cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido, de conformidad con el artículo 11 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

i) Respecto al primer problema jurídico: Como es sabido, uno de los elementos más comunes en los contratos estatales es el *precio*, también conocido como valor. 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 del contrato. 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[[1]](#footnote-2).

No hay 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–.

El contrato cuyo precio es pactado a precios unitarios, que es el que llama la atención en el presente concepto, dado el objeto de la consulta, implica individualizar el valor de cada uno de los ítems requeridos para llevar a cabo la obra o el proyecto. Así mismo, el precio se deriva de apreciar todos los componentes necesarios para la ejecución de la unidad de medida del ítem correspondiente (metro lineal, metro cúbico, metro cuadrado, etc.). Por lo mismo, el precio será el resultado de multiplicar la cantidad finalmente ejecutada por el valor unitario respectivo[[2]](#footnote-3).

En esta modalidad de establecimiento del precio, y por la misma naturaleza del contrato que impide definir con certeza su valor real, se establecen unas estimaciones de cantidades de obra, según los estudios previos y unos precios unitarios de los respectivos ítems de obra[[3]](#footnote-4). Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha explicado que, en los contratos a precios unitarios, ante la imposibilidad de establecer con exactitud los montos totales que resultarán de realizar la obra contratada, previo a la ejecución del negocio jurídico, la entidad, tanto en los Pliegos de Condiciones o documento equivalente, como en el contrato, aproxima un cálculo estimado de la cantidad o unidades de obra que se requerirá ejecutar. Esto, con el propósito de que el proponente establezca en su propuesta unos valores unitarios respecto de cada unidad de obra prevista por el ente contratante[[4]](#footnote-5).

Así las cosas, uno es el valor estimado del contrato y otro el valor real, según las mayores o menores cantidades de obra que efectivamente ejecute el contratista para cumplir el objeto pactado.De esta manera, en los contratos de obra pública con pago pactado a precios unitarios, el valor del contrato es el que resulta de multiplicar las cantidades de obra efectivamente ejecutadas por sus precios unitarios. No obstante, para la celebración de este tipo de contratos, el precio se expresa en un valor estimado, que corresponde a un valor inicial, y que está dado por las cantidades de obra y los precios unitarios por los cuales se hizo la respectiva adjudicación.

Otro aspecto importante a tener en cuenta respecto a los contratos cuyo precio se estructura a partir del sistema de precios unitarios es que, 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[[5]](#footnote-6).

Conforme a lo expuesto en líneas precedentes, el valor del contrato en el sistema a precios unitarios es indicativo o estimativo, motivo por el cual el valor real dependerá de las cantidades que final y efectivamente sean ejecutadas, multiplicadas por los precios unitarios que hayan sido pactados. Por lo mismo, en principio, el reconocimiento de las mayores cantidades de obra no es más que la aplicación de la forma de precio y pago estipuladas en el contrato, es decir, la implementación del procedimiento convenido por las partes para calcular el valor final del negocio jurídico: cantidades ejecutadas por valor de ítem acordado.

En línea con lo anterior, es pertinente tener en cuenta que, justamente, la modalidad de pago a precios unitarios se caracteriza porque su determinación final impone establecer las cantidades verdaderamente ejecutadas, multiplicándolas por los precios unitarios. De ahí que, lo vinculante en estos casos no sea propiamente el valor total inicialmente estimado, ni las cantidades inicialmente previstas, sino los valores unitarios que las partes acordaron aplicar a cada uno de los ítems.

Lo anterior, no significa que el contratista pueda adelantar cualquier mayor cantidad de obra sin ningún tipo de límite, debido a que solamente podrá construir aquello que sea imprescindible para cumplir con el objeto. En estos casos, la entidad deberá ejercer un riguroso control, en atención a las cantidades que se están ejecutando, puesto que deberá verificar, antes de proceder con el pago, que las mismas sí eran indispensables para finiquitar o culminar con las obligaciones a cargo del contratista. De cualquier manera, las partes podrán estructurar, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, mecanismos de control adicionales, como autorizaciones con requisitos especiales, en aquellos eventos en que, por ejemplo, las cantidades superen el valor inicialmente estimado).

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 pueden identificar alguna de las siguientes situaciones: i) la necesidad de mayores cantidades de bienes o actividades a las inicialmente previstas, 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”.

Este último término tiene origen en el artículo 58 del Decreto-Ley 222 de 1983[[6]](#footnote-7), el cual establecía el “contrato adicional” como el mecanismo a utilizar cuando existiere la “necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios” regulada por dicho estatuto. Sin embargo, dicha figura fue abandonada por la Ley 80 de 1993, estatuto que, fuera de lo dispuesto en relación con la potestad de modificación unilateral, solo aludió a la posibilidad de adicionar valor de los contratos estatales dentro de un límite dado por el cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial expresado, pero sin establecer una limitación expresa sobre otros elementos sobre los que recae la adición[[7]](#footnote-8).

No obstante, la expresión “contrato adicional” al igual que las otras nociones doctrinarias y jurisprudenciales arriba señaladas entre comillas son de uso común en la práctica contractual por las Entidades Estatales. En ese sentido, dada la naturaleza de este sistema de precios, que contempla la posibilidad de variar las cantidades e ítems originalmente previstos entre las partes, tanto la jurisprudencia como la doctrina han desarrollado los conceptos de “mayores cantidades de obra” y de “obras extras o adicionales”, nociones que no corresponden a la misma figura juridica, tal y como se procede a explicar. Las “mayores cantidades de obra” implica aumentar las cantidades de los ítems pactados desde el comienzo, mientras que la noción de “obras extras o adicionales” exige incluir obras o actividades que no habían sido convenidas, pero que, de todos modos, son indispensables para el cumplimiento del objeto.

Por un lado, las mayores cantidades de obra se presentan cuando las partes deben aumentar las cantidades de algunos ítems que sí estaban contemplados en el contrato, pero que su cálculo preliminar resultó insuficiente. Así, por ejemplo, si en un contrato de obra se habían previsto y contratado cien metros cúbicos (1003) de excavación, pero, en la etapa de ejecución, se determinó que este número no era suficiente, las partes pueden incrementar los metros que deberán excavarse, en atención a que dicho aumento resulta esencial para cumplir la finalidad pública que se perseguía con la contratación[[8]](#footnote-9).

Por otro lado, las obras adicionales o extras son aquellas que no estaban convenidas en el contrato, y que, por lo tanto, implican una modificación del mismo, que debe ser pactada por las partes. El Consejo de Estado ha definido las obras adicionales como *“aquellas obras distintas de las inicialmente previstas en el objeto contractual, o ítems no previstos pero cuya ejecución se torna necesaria para cumplirlo a cabalidad, en tal sentido su reconocimiento implica variación del contrato”*[[9]](#footnote-10)*.* Igualmente, la mencionada Corporación ha señalado que, cuando las partes estimen necesario incluir una obra adicional o extra que comprenda aumentar el valor del contrato, se deberá suscribir un contrato adicional, que formalice tal modificación, dado que, de lo contrario, no podrá reconocerse su pago.[[10]](#footnote-11)

Una vez expuestas las diferencias entre las nociones de “mayores cantidades de obra” y de “obras extras o adicionales”, es necesario adentrarse al estudio sobre la posibilidad de introducir modificación a los contratos estatales y el límite dicha posibilidad. Al respecto, debe señalarse que, en principio, los contratos deben ejecutarse en las condiciones pactadas inicialmente, pues tales condiciones fueron convenidas luego de que la Entidad Pública surtiera todos los procedimientos previstos para la selección de su contratista y definiera los aspectos, técnicos, legales y financieros propios de cada caso. No obstante, es posible que, durante la ejecución del contrato, se evidencie la necesidad de suscribir documentos de modificación en los cuales se cambie parte de las estipulaciones pactadas en un comienzo, para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado, a los cuales sirve el contrato.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP –, contenido en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, así como en las normas que las han modificado y las reglamentan, no consagra una regulación expresa sobre la posibilidad de modificar los contratos celebrados por las Entidades Estatales. De igual forma, tampoco existe ninguna restricción expresa para modificar los contratos estatales. La regulación expresa contenida en el ordenamiento jurídico se limita a fijar los porcentajes límite para adicionar los valores inicialmente pactados, como lo hace el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone que, los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado en SMLMV.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, ha estudiado asuntos relacionados con la adición de los contratos estatales y las posturas que ha sostenido en torno al tope de la adición de los contratos, no ha sido pacifica, por el contrario, ni la doctrina ni la jurisprudencia del Consejo de Estado no han sido uniformes en la caracterización de las figuras. No obstante, con miras a responde su consulta de forma precisa se procede a exponer la tesis que a la fecha sostiene la Subdirección de Gestión Contractual sobre el tema, línea doctrinal que se adecua a pronunciamientos más recientes del Consejo de Estado y a la doctrina, conforme se procede a exponer [[11]](#footnote-12).

La concepción genérica de la conservación del objeto contractual establecida por la jurisprudencia fue particularmente significativa en los contratos de precios unitarios. Los estatutos contractuales, comenzando por la Ley 36 de 1966 y hasta la Ley 80 de 1993, establecen como límite cuantitativo de los contratos adicionales el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato inicial. De tiempo atrás, el Consejo de Estado analizando los contratos a precios unitarios, consideró que esta limitación no se aplicaba a las simples adiciones de las unidades no previstas originalmente. En este sentido, la Sección Tercera de la Corporación explicó:

“La mayor cantidad de obra que resulte por encima del estimativo inicial en los contratos de obras celebrados a precios unitarios, no implica, en principio, en forma alguna cambio de objeto ni cambio en su valor, porque en este tipo de contrato solo podrá hablarse de este último cambio, cuando la modificación se hace en alguno o algunos de los precios unitarios convenidos. Sucede algo diferente a lo que se observa en los contratos a precio alzado, en los que la variación en su valor tiene en cuenta el valor global del mismo”[[12]](#footnote-13).

Más recientemente, ya bajo la vigencia de la Ley 80 de 1993, el Consejo de Estado explicó como en la adición de unidades no había modificación alguna del contrato por cuanto esta eventualidad está contemplada desde el inicio del contrato y es inherente a esta modalidad de pago. En ese sentido manifestó que:

“[…] en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada supone que ésta fue contratada pero que su estimado inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una “prolongación de la prestación debida”, sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual.

[…]

En cambio, la realización de obras adicionales supone que éstas no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo; se trata entonces de obras nuevas, distintas a las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución, en determinadas circunstancias resultas necesaria”[[13]](#footnote-14).

La postura actual, que ha sido señalada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y adoptada por el Consejo de Estado en otros pronunciamientos, parte de considerar que solo hay lugar a la celebración de un contrato adicional y, por tanto, que se encuentre sometido al parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, cuando se trate de adicionar una obra u actividad que no estaba contemplada en el alcance inicial del contrato.

En tal sentido, y según dicha postura, a otros aumentos del valor originados, por ejemplo, en mayores cantidades de obra, no les aplica la prohibición, ya que, bajo dicha tesis, el valor inicial del contrato, en el sistema de precios unitarios, solo consiste en un estimativo del costo que tendrá el contrato, que solo logra determinarse una vez termine la ejecución, de manera que con las mayores cantidades de obra no se presentaría una modificación del precio, sino que simplemente se determinará el valor final del contrato, que no será diferente del precio acordado inicialmente que se mantendrá invariable, precisándose, al final, el monto real del estimativo.

La postura anterior se sintetiza en el siguiente concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

“Con base en lo expuesto brevemente, es fácil concluir que es un error celebrar contratos adicionales a los contratos principales celebrados por alguno de los sistemas de precios determinables, para poder ejecutar obras cuyo costo de ejecución sobrepase el estimado inicialmente. En efecto, el error consiste en pensar que ese precio estimado inicialmente es el verdadero valor del contrato, pues, como se explicó, sólo es un estimativo pero el verdadero valor se determinará una vez concluya la obra. Por lo mismo, no se trata de que se esté adicionando el contrato; no. Sólo se está procediendo conforme a lo previsto, esto es, aplicando el procedimiento de precios unitarios a las cantidades de obra ejecutadas y, por consiguiente, si son más cantidades de obra a las previstas, pues el valor del contrato es mayor, pero así fue como se convino.

Por lo mismo, no se trata de que exista un «cambio» o «adición» en el contrato, sino de la aplicación de las reglas contractuales previamente determinadas en el contrato original. Es una operación matemática y no más.

Es preciso, entonces, entender que solamente habrá verdadera «adición» a un contrato cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato, en razón a que el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrar el contrato no fue adecuada; en otros términos, los mayores valores en el contrato no se presentan debido a mayores cantidades de obra por cambios introducidos al alcance físico de las metas determinadas en el objeto del contrato, sino que esas mayores cantidades de obra surgen de una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato”[[14]](#footnote-15).

La postura anterior también es defendida por cierto sector de la doctrina[[15]](#footnote-16). Bajo ella, se amplía el límite establecido por el legislador en el artículo 40, ya que este tipo de modificaciones, para ejecutar más de un mismo ítem o actividad pactada en el contrato ―estas posturas las considerarían “precisiones” o “determinaciones del valor final” ―, no se tendrían en cuenta para señalar en qué porcentaje se ha adicionado un contrato, ya que ellas no son adiciones:

“En este estado de la cuestión, deberíamos reconocer la existencia de islotes interpretativos sobre este tópico, en los cuales y contraviniendo lo expuesto, el Consejo de Estado, por su puesto de manera errada, ha considerado que la mayor cantidad de obra de un contrato de obra pública a precios unitarios, debe ampararse bajo el ropaje de un contrato adicional y, en consecuencia aplicando el límite del 50%.

Insistimos que no podemos compartir este planteamiento por lo siguiente:

- La naturaleza misma del contrato pactado a precios unitarios en el cual se conviene la realización de una obra claramente determinada (por ej. La pavimentación de la carrera 7ª entre las calles 34 y 100), que cuenta con unas cantidades estimadas que arrojan un precio igualmente estimado.

- Si por decir algo, esas cantidades se acaban en la calle 94, lo faltante, esto es desde la calle 95 a la 100, no es una obra adicional ya que ella hace parte del objetivo inicial, vale decir, que no se requiere pactar un elemento nuevo necesario o accesorio al objeto primigenio pues lo carente hacer parte de él desde el principio.

- Lo procedente, entonces, es que la interventoría a cuyo cargo está el control de las cantidades y presupuestos ejecutados, antes de agotar las inicialmente dispuestas, informe a las partes del contrato con miras a que la entidad obtenga los recursos necesarios para concluir lo pactado.

- La inyección de los nuevos recursos no se hace al ampro de un contrato adicional sino como parte de un trámite interno oficial, con información al contratista para que pueda seguir avanzando en la obra”[[16]](#footnote-17).

Esta posición también es sostenida por el Consejo de Estado en otras providencias, donde reitera el criterio desarrollado en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio de Civil del Consejo de Estado citado previamente[[17]](#footnote-18).

Así mismo, la Sala de Consulta y del Servicio Civil de la Corporación consideró que los contratos a precios unitarios tenían un precio indeterminado, aunque determinable al final del contrato:

“Por el contrario, en los contratos a precio indeterminado pero determinable por el procedimiento establecido en el mismo contrato (precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos), la cláusula del valor en el mismo apenas sirve como indicativo del monto estimado hecho por las partes, pero no tiene valor vinculante u obligacional, pues el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya su objeto. En estos eventos, tal clausula sólo cumple la función de realizar un cálculo estimado del costo probable, esto es, ese estimativo necesario para elaborar el presupuesto o para efectos fiscales; pero el valor real del contrato que genera obligaciones mutuas sólo se determinará cuando el procedimiento establecido, se establezca tal costo”[[18]](#footnote-19).

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, en sentencia del 19 de septiembre de 2022 señalo que:

“[…] la referencia a las adiciones al contrato supone una modificación, en la que son agregados al objeto, elementos o metas físicas no previstas inicialmente por las partes, y que resultan indispensables para la consecución de los intereses inmersos en el negocio, sin que ello pueda derivar en la mutación del tipo de contrato. Bajo estos supuestos, las actas o acuerdos sobre mayores cantidades de obra en contratos celebrados a precios unitarios, en los que el valor indicado en el contrato supone apenas un estimativo de lo que será el precio final de la obra cuando esta concluya, no serían propiamente una adición sino una inyección de recursos presupuestales prevista para sortear las imprecisiones que haya podido tener la formulación inicial del precio. Por el contrario, en contratos pactados bajo la modalidad de precio global o alzado, el incremento del precio del contrato siempre supondrá la modificación del objeto contractual y, por lo tanto, adición, toda vez que en este escenario la estimación inicial del costo de la obra en su totalidad es vinculante a lo largo del acuerdo de voluntades como el precio determinado que el contratista percibirá como contraprestación por su labor.

En estas palabras lo ha dicho esta Sección: “La mayor cantidad de obra que resulte por encima del estimativo inicial en los contratos de obras celebrados a precios unitarios, no implica, en principio, en forma alguna, cambio de objeto ni cambio en su valor, porque en este tipo de contrato sólo podrá hablarse de este último cambio, cuando la modificación se hace en alguno o algunos de los precios unitarios convenidos. Sucede en esto algo diferente a lo que se observa en los contratos a precio alzado, en los que la variación en su valor tiene en cuenta el valor global del mismo”[[19]](#footnote-20)

Esta postura ha sido acogida por la jurisprudencia reciente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, instancia desde donde se ha explicado que:

“[…] el valor del contrato en el sistema a precios unitarios es indicativo o estimativo, motivo por el cual el valor real dependerá de las cantidades que final y efectivamente sean ejecutadas, multiplicadas por los precios unitarios que hayan sido pactados. Por lo mismo, en principio, el reconocimiento de las mayores cantidades de obra no es más que la aplicación de la forma de precio y pago estipuladas en el contrato, es decir, la implementación del procedimiento convenido por las partes para calcular el valor final del negocio jurídico: cantidades ejecutadas por valor de ítem acordado.

En línea con lo anterior, es pertinente tener en cuenta que, justamente, la modalidad de pago a precios unitarios se caracteriza porque su determinación final impone establecer las cantidades verdaderamente ejecutadas, multiplicándolas por los precios unitarios; de ahí que lo vinculante en estos casos no sea propiamente el valor total inicialmente estimado, ni las cantidades inicialmente previstas, sino los valores unitarios que las partes acordaron aplicar a cada uno de los ítems.

A diferencia de lo que ocurre con los contratos a precio global, en los que el precio se delimita al margen de las cantidades que se ejecuten y de su valor unitario, en el sistema de precios unitarios el contratista no asume el riesgo de las mayores cantidades de obra, ni la entidad el de las menores, pues lo que deberá pagarse o cancelarse se desprenderá de lo que indiscutiblemente se haya ejecutado”[[20]](#footnote-21).

Con sustento en estas precisiones sobre la modalidad de pago por precios unitarios, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha determinado que el límite a la adición de contratos estatales, previsto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 no es aplicable a los contratos pactados con precios unitarios. Al respecto, se ha señalado que:

“[..]se considera que le asiste razón al demandante en cuanto al argumento de que el límite de adiciones del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 no es extensible al sub lite, debido a que la reforma de los pavimentos hacía parte de la etapa de construcción y, al haberse pactado su pago en la modalidad de precios unitarios, el valor estipulado era estimativo y estaba sujeto a multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas”.

Sobre el particular, esta Corporación ha considerado que el límite de adiciones de que trata el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual no es posible incrementar el valor del contrato en más de un 50%, es aplicable a acuerdos de voluntades sometidos al pago como precio global, pues en esos casos la suma que se fija desde un inicio es definitiva para los sujetos negociales, mientras que en los contratos cuyo pago es a precios unitarios no es aplicable, dado que el valor del negocio jurídico es provisional y el valor definitivo se determina al finalizarse el objeto contractual[[21]](#footnote-22)”[[22]](#footnote-23).

Visto el desarrollo jurisprudencial del tema, si bien, no se evidencia que se haya expedido sentencia de unificación sobre la materia, se advierte que, en la jurisprudencia reciente de la Sección Tercera del máximo tribunal judicial de las controversias contractuales del Estado, existe cierto consenso en torno a la idea de que las mayores cantidades de obra en contratos que utilizan la metodología de precios unitarios no implican adiciones del valor inicial del mismo, ya que este tiene un carácter indicativo. Con base en esto, dicha Sección ha establecido que el límite a las adiciones previsto en el segundo inciso del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, no impide que se ejecuten mayores cantidades de obras a las inicialmente estimadas, por valores incluso mayores al cincuenta por ciento (50%) del valor estimado al inicio de la ejecución, siempre que hayan sido autorizadas por la entidad contratante. En atención a esto, esta Subdirección acoge la postura asumida por la Sentencia del 24 de abril de 2024, y abandona la expuesta 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, C–452 del 28 de julio de 2020, C-560 del 24 de agosto de 2020, C-628 del 23 de septiembre del 2020, C-750 del 21 de diciembre de 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, C-630 del 29 de septiembre de 2022, C-784 del 21 de noviembre de 2022, entre otros.

En consideración, podemos entonces concluir que, en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada consiste en aquella que fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato. La mayor cantidad de obra por encima del valor estimativo inicial en los contratos a precios unitarios no implica en forma alguna un cambio de objeto o en su valor. Por tal razón, el reconocimiento de mayores cantidades de obra, previamente autorizadas y recibidas por la entidad contratante, realmente no se está adicionando el contrato, sino procediendo, conforme a lo previsto en el mismo. En consecuencia, las cantidades de obra que resulten de las mediciones de los ítems de obra pertinentes no requiere contrato adicional y, por tanto, no les aplica el límite cuantitativo establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993. En este contexto, para el reconocimiento de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias, las mismas deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante[[23]](#footnote-24).

Por el contrario, las adiciones hacen referencia a aumentos en el valor del contrato relacionadas con ítems o actividades no contempladas o previstas dentro del contrato que requieren ser ejecutadas para la obtención y cumplimiento del objeto contractual, por tal motivo, para su reconocimiento se requiere de la suscripción de un contrato adicional o modificatorio del contrato inicial. En ese sentido, comoquiera que esta obra implica modificación al contrato, será necesario, en forma previa, el perfeccionamiento de contrato adicional o modificatorio. En este caso, si se torna aplicable el límite establecido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, lo cual indica que estos negocios jurídicos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado en salarios mínimos legales mensuales.

Sin perjuicio de lo expuesto, fuera de los límites cuantitativos señalados en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y de la cláusula excepcional de modificación de los contratos estatales, no existe un desarrollo legal o reglamentario sobre las reglas aplicables a la modificación del contrato estatales. Han sido los aportes de la jurisprudencia, de la función consultiva del Consejo de Estado, y de la doctrina comparada, los que han permitido estructurar los límites y requisitos de orden temporal, formal y material para la modificación de un contrato estatal. Estos límites deben ser respetados por la entidad contratante a preservar los principios de origen legal como es el principio de planeación, de selección objetiva de libertad de concurrencia, de transparencia, de igualdad, entre otros, tal y como se explicará a continuación[[24]](#footnote-25).

Dentro de los límites de orden temporal están comprendidos: i) la vigencia del contrato, pues no podría modificarse un contrato cuyo plazo ha culminado y; ii) la prohibición de consagrar prórrogas automáticas, sucesivas o indefinidas, en tanto resultan contrarias al derecho esencial de la libertad de competencia.

Dentro de los límites de orden formal, se debe señalar que, por un lado, es necesario que, la modificación de los contratos conste por escrito, dado el carácter solemne del contrato estatal. Por otro lado, la entidad debe motivar y justificar la modificación. Al respecto el Concejo de Estado ha señalado:

“El expediente de contratación y la actuación administrativa inicial que comprende los estudios previos, el análisis de riesgos y el presupuesto oficial o estimativo de costos necesario para la modificación del contrato, deberán dar cuenta de las razones de interés público que hacen necesario afectar lo inicialmente pactado. Como regla general, las mismas razones del deber de planeación para el contrato inicial se imponen como requisito previo del contrato modificatorio.

La motivación del contrato modificatorio resulta un elemento esencial que permita determinar su juridicidad, la justificación de su necesidad, su racionalidad y la proporcionalidad de su contenido, en especial cuando se alteran los aspectos técnicos y financieros iniciales. Se trata de un requisito indispensable para el control de legalidad del contrato o del acto de modificación.

La modificación no es una facultad discrecional, cuyo ejercicio penda de criterios de mera conveniencia o de utilidad para la entidad estatal o para su contratista, ni puede servir como instrumento ilegal para mejorar o hacer más favorables las condiciones económicas del adjudicatario. A diferencia del contrato privado, solo procederá por necesidades de interés general que sustenten y justifiquen la legalidad de la modificación”[[25]](#footnote-26).

Los límites materiales corresponden a la prohibición de modificar las condiciones sustanciales del contrato, que se presentará en los casos en que se incluyan elementos que, *“habiendo figurado en el procedimiento inicial, hubiera permitido la participación de otros interesados aparte de los inicialmente admitidos, o seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada”[[26]](#footnote-27).*

Finalmente, se encuentran los límites axiológicos, los cuales atienen a la necesidad de preservar los principios de igualdad, transparencia, libertad de concurrencia, selección objetiva y planeación. Lo anterior con la finalidad de realizar la escogencia diligente de la mejor oferta, para beneficiar los intereses y fines públicos inmersos en la contratación de las Entidades Estatales. Así las cosas, la concepción de mayores cantidades de obra, como expresión del contrato original sin valor determinado, aunque determinable, no puede dar lugar a una ampliación ilimitada de estos contratos, pues no se encuentran exentos de la aplicación de los principios de la contratación estatal.

Este límite encuentra sustento en el hecho de que, para celebrar contratos estatales las Entidades Públicas eligen, dentro de un “régimen de concurrencia y de igualdad, las mejores condiciones de costo, calidad e idoneidad de la prestación requerida”, lo que supone que la selección objetiva de la oferta más favorable, se dirige a salvaguardar el interés público y, por lo tanto, celebrado el contrato en esas condiciones, su eventual modificación debe asegurar que lo adjudicado, y posteriormente alterado, consulte la mejor opción para el servicio público. En virtud de la aplicación de los principios de transparencia, libertad de concurrencia e igualdad, consagrados en el EGCAP, y las reglas sustanciales del pliego de condiciones, que permitieron elegir la mejor oferta, previo cumplimiento de unos requisitos en virtud de los cuales la oferta del contratista fue considerable la más favorable, por lo que estos deben ser de estricta observancia y deben mantenerse durante la ejecución del contrato y en su liquidación, como garantía de inalterabilidad de lo pactado y de acatamiento a la legalidad de las reglas aplicadas en la actuación previa.

Sumado a lo anterior, la posibilidad de ejecutar por encima del valor inicialmente estimado un contrato estructurado en el marco del sistema precios unitarios no puede usarse para inaplicar o desconocer la modalidad de selección aplicable al caso, de acuerdo con la cuantía del Proceso de Contratación, con miras a garantizar la transparencia, la selección objetiva y el principio de planeación en la actividad contractual.

Lo anterior además considerando que, si bien en los contratos pactados en la modalidad de precios unitarios el valor inicial estimativo, mientras que el valor real es el que resulta una vez se ha terminado la ejecución del contrato, lo cierto es que el valor estimado debe obedecer a estudios previos que determinen de la manera más exacta posible las cantidades de obra. Esto además es el presupuesto sobre el cual la Entidad Estatal contratante genera las apropiaciones presupuestales para ejecutar el contrato.

En consideración a lo anterior, y en atención a los principios que rigen la contratación estatal, estima esta Subdirección que no pueden pactarse cantidades de obra de manera indeterminadas sin fijar las reglas claras para determinarlas. Además, las variaciones del valor estimado respecto del valor final deben ser mínimas. Al respecto, la doctrina ha señalado respecto a los contratos de obra a precios unitarios que, el número de unidades debe estar dentro de ciertos límites, porque de lo contrario el contrato quedaría de valor indeterminado[[27]](#footnote-28). En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha señalado que, el hecho de no fijar reglas claras dentro del contrato estatal que permitan de forma cierta y concreta definir el valor final del contrato, violaría el deber de planeación y los principios de la contratación administrativa de transparencia, selección objetiva, igualdad, imparcialidad, economía, libre concurrencia, pues se estaría permitiendo el aumento del valor inicial del contrato sin criterios objetivos. Además, se transgrediría la obligación legal de tener estudios previos definidos, claros y objetivos[[28]](#footnote-29).

Por consiguiente, pese a la posibilidad de que se varíen de las cantidades de obra, los contratos a precios unitarios tienen un valor inicial que obedece a la estructuración y planificación que los procede[[29]](#footnote-30). En ese sentido, aun cuando el Consejo de Estado ha considerado la posibilidad de ejecutar incluso en valores mayores al cincuenta por ciento (50%) en el sistema de precios unitarios, lo cierto es que, situaciones en las que se ejecuta de manera desproporcionada el valor inicial de un contrato estatal, pueden ser sintomáticas de falencias en la planeación del contrato.

El principio de planeación exige a las entidades estructurar el proceso contractual dedicando tiempo y esfuerzos para elaborar estudios previos, con el fin de determinar la necesidad que pretende satisfacer la Entidad Estatal y cuál es la mejor manera de hacerlo, consultando el tipo de bienes y servicios que ofrece el mercado y sus características, especificaciones, *precios*, costos, riesgos, garantías, disponibilidad, oferentes, etc. La planeación del contrato estatal se configura como un presupuesto esencial, según el cual la selección de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación[[30]](#footnote-31). En ese sentido, debe hacerse un plan detallado de lo que se quiere contratar y de los medios técnicos y económicos con los que se cuenta para alcanzarlo, para con base en ello realizar un procedimiento legalmente idóneo a fin de escoger al particular o entidad pública que colaborara en la consecución de la obra, bien o servicio determinado, realizar las previsiones técnicas, legales y económicas a que haya lugar para afrontar las contingencias previsibles que puedan afectar el desarrollo del contrato, y contar con elementos en lo posible suficientes para actuar ante situaciones inesperadas.

Por otro lado, también es importante señalar que la planeación, como herramienta para la gestión contractual pública, implica que todo proyecto que pretenda adelantar las Entidades Estatales esté precedido de estudios encaminados a determinar su viabilidad económica, con ello se pretende dar racionalidad del gasto público, en concordancia con las necesidades públicas en un momento determinado, razón por la cual, previo a la ejecución del contrato, la Administración debe realizar los estudios del valor aproximado, de acuerdo con la fluctuación y estado del mercado[[31]](#footnote-32).

Las omisiones o errores que cometan las Entidades Públicas en esta etapa podrán verse reflejadas en la ejecución del contrato, provocando incluso la nulidad absoluta del mismo o la necesidad de ajustar el contrato a la realidad del bien, obra o servicio, contratada, el reconocimiento de mayores costos en los eventos en los que haya lugar y, en el caso más extremo, el rompimiento del equilibrio económico. Así mismo, las omisiones o errores pueden conllevar a un detrimento patrimonial, que incluso implique la responsabilidad fiscal del funcionario.

Conforme a lo expuesto, es posible extraer los siguientes lineamientos orientadores para determinar si es o no procedente modificar un contrato y los limites que se deben respetar:

*i)* A los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada por encima del valor estimativo inicial en los contratos a precios unitarios no implica en forma alguna un cambio de objeto o en su valor. Por tal razón, el reconocimiento de mayores cantidades de obra, previamente autorizadas y recibidas por la entidad contratante, no está sometida al límite cuantitativo establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

*ii)* Por el contrario, los adiciones requieren de la suscripción de otrosíes, contratos adicionales o modificatorios del contrato inicial, por lo cual les será aplicable el límite establecido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, lo cual indica que aquellos negocios jurídicos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado en salarios mínimos legales mensuales.

*iii)* La concepción de mayores cantidades de obra, como expresión del contrato original sin valor determinado, aunque determinable, no puede dar lugar a una ampliación ilimitada de estos contratos, pues no se encuentran exentos de la aplicación de los principios de la contratación estatal.

*iv)* Si bien en los contratos en los cuales se pacta como forma de pago del valor del contrato la modalidad de precios unitarios el valor pactado es un estimativo, mientras que el valor real es el que resulta una vez se ha terminado la ejecución del contrato, lo cierto es que el valor estimado debe obedecer a estudios previos que determinen de la manera más exacta posible las cantidades de obra.

*v)* En atención a los principios que rigen la contratación estatal, no pueden pactarse cantidades de obra de manera indeterminada sin fijar las reglas claras para determinarlo. Además, las variaciones del valor estimado respecto del valor final deben ser mínimas.

*vi)* Pese a que el límite cuantitativo para la adición de los contratos no aplica para mayores cantidades de obra se debe respetar el principio de planeación, así como tampoco puede utilizarse este mecanismo inaplicar la modalidad de selección aplicable.

vii) Las modificaciones tienen carácter excepcional y solo procede cuando con ella se pretenda garantizar el interés público, cuando la entidad haya verificado y así pueda constatarse por cualquier que la causa de la modificación es real y cierta.

viii) Las modificaciones no podrían suponer la variación del objeto de un contrato, pues ello supondría la alteración de su esencia y lo convertiría en otro tipo de negocio jurídico. Si se presentara esta situación lo indicado no sería modificar el contrato sino celebrar uno nuevo.

De cualquier modo, corresponderá a cada Entidad Estatal realizar el análisis respecto a la precedencia de modificar determinado contrato estatal, o ejecutarlo por encima del valor inicial estimado, en el entendido que se respeten las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, además de definir previamente su procedencia desde la perspectiva jurídica, técnica y financiera. Con todo, el hecho de que, según la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado, el valor inicial de los contratos por precios unitarios sea indicativo, no puede ser interpretado como una patente de corso para ejecutar de manera desproporcionada e irrazonable los contratos estatales vigentes, ya que de acuerdo con lo aquí explicado, ello no solo puede ser evidenciar infracciones a al deber de planeación y al principio de selección objetiva, sino que también puede atentar contra los principios de la gestión administrativa conduciendo a detrimentos del recurso público.

ii) En relación con el segundo problema jurídico, es menester decir que, durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública usualmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales, con base en las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control. Entre dichas potestades se encuentran: i) las cláusulas excepcionales consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en las cuales se incluye la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión, desarrolladas en los artículos 15 a 19 *ibidem*; ii) las previstas en los artículos 11 y 7 de la Ley 1150 de 2007, relacionadas con la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro; y iii) las dispuestas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 respecto a la *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas, aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral, especialmente, cuando es posible pactar estas cláusulas en virtud de las normas civiles y comerciales.

Las primeras potestades, esto es, las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, también se les conoce como «exorbitantes». Etimológicamente, esta palabra viene del latín: se compone del prefijo *ex*, que indica separación o movimiento de salida, y la raíz de la palabra *orbita*, relacionado con el curso de los astros, un derivado de la palabra *orbis*, que significa circunferencia. En esta medida, lo exorbitante es lo que se sale excesivamente de su ritmo o medida habitual[[32]](#footnote-33). Para la doctrina, estas cláusulas son exorbitantes bien porque son poco habituales en los contratos entre particulares o porque, pactadas en los mismos, están viciadas de nulidad[[33]](#footnote-34). Por ejemplo, las cláusulas de caducidad, interpretación unilateral, modificación unilateral, etc. están prohibidas en contratos sometidos al derecho privado, ya que no derogan las leyes de orden público –artículo 16 del Código Civil–, existe objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación –artículo 1519 del Código Civil– y, por tanto, están viciadas de nulidad absoluta –artículo 1741 del Código Civil–. En este sentido, las cláusulas exorbitantes se reservan a los contratos autorizados por la ley, pues son poderes derogatorios del derecho común y requieren una norma excepcional como la citada *ut supra*.

Como lo explica la jurisprudencia, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 dispone cuatro (4) grupos de contratos en los cuales es diferente el régimen de estas facultades[[34]](#footnote-35). El *primer grupo* corresponde a los contratos en los que es obligatorio incluir poderes exorbitantes y está formado por aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra[[35]](#footnote-36). En estas tipologías, conforme a la clasificación del artículo 1501 del Código Civil, los poderes corresponden a cláusulas de la naturaleza, es decir, aquellas que –frente al silencio del pliego de condiciones o del contrato– forman parte del negocio en virtud de la ley[[36]](#footnote-37), considerando la relación directa de estos contratos con la eficiente prestación de los servicios públicos, los poderes exorbitantes de este grupo son irrenunciables.

El *segundo grupo* está conformado por los contratos en que estas facultades son potestativas, lo cual aplica a los contratos de suministro y de prestación de servicios. Si bien todas las entidades deben cumplir con los fines del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, en este caso existe una relación indirecta con la prestación de los servicios públicos, por lo que estas cláusulas no son obligatorias. En este grupo, la ley no suple el silencio del pliego de condiciones o del contrato, pues –conforme al artículo 1501 del Código Civil– son elementos accidentales que requieren pacto expreso. Así las cosas, en caso de no se entenderán incluidas.

El *tercer grupo* corresponde a los contratos del parágrafo del artículo 14 del Estatuto General donde la ley prohíbe pactar de estos poderes, so pena de nulidad absoluta por objeto ilícito, como es el caso de los contratos con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; interadministrativos, en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no corresponden a las señaladas en el numeral 2° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como los contratos de seguro tomados por las entidades estatales.

Finalmente, el *cuarto grupo* está conformado por las tipologías que no se encuentran en alguno de los tres (3) grupos anteriormente comentados. Dado que la ley autoriza su ejercicio, no es posible fundamentar estos poderes en la autonomía de la voluntad. Por tanto, se entiende que también están prohibidos en este último grupo, ya que:

De un lado […], este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, […] el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales[[37]](#footnote-38).

En relación con dichas cláusulas, la terminación unilateral anticipada del contrato conduce al cese de la relación contractual. Esta puede decretarse ante la ocurrencia de alguno de los supuestos fácticos del artículo 17 de la misma Ley. Estos supuestos son*: i) razones de servicio público o de orden público,* ii) muerte o incapacidad física permanente del contratista –persona natural– o disolución de la persona jurídica, iii) interdicción judicial o declaratoria de quiebra del contratista y iv) cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista, que afecten gravemente la ejecución del contrato.

La primera causal consignada en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 se refiere a dos situaciones diferentes, las cuales se proceden a exponer. En primer lugar, expresa que procederá la terminación unilateral del contrato cuando con la ejecución del objeto pactado se afecte algunas de las necesidades propias de los administrados que deben ser satisfechas por el Estado, de tal forma que, de una parte, afecta la actividad administrativa que se quiere realizar con la celebración del negocio o, de otra, la consecución de aquello encargado por la Administración a su contratista. No obstante, permitir la cabal prestación del servicio público propio del contrato, perjudica la actividad estatal en su conjunto[[38]](#footnote-39).

Conforme a lo expuesto, esta causal atiende al estudio de la Administración en su conjunto, como un aparato engranado en el que todas las entidades que lo conforman deben actuar bajo un mismo objetivo, cual es la satisfacción del interés general, mediante la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, evitando que sus funciones y el campo de acción de cada una interfiera entre ellas.

En segundo lugar, la ley permite la terminación unilateral de un contrato estatal cuando se presenten situaciones que alteren el orden público de forma grave y definitiva respecto de la ejecución del contrato. En este caso, la causal comprende. En este caso, la causal atiende comprende la conciencia del Estado de la existencia de una situación que escapa a sus controles para garantizar la seguridad y protección de los Administrados, lo cual incluye, a sus contratistas. De esta manera, dando prevalencia a los derechos fundamentales de quienes actúan en favor de la Administración en virtud de un vínculo contractual, deben prevalecer la vida e integridad personal de los contratistas, frente a la ejecución de actividades de servicio público[[39]](#footnote-40).

Se concluye que, la causal analizada obedece a la presencia de situaciones de conveniencia y oportunidad no idóneas para la cabal ejecución del objeto contrato, atendiendo a situaciones externas a las partes, que comportan un riesgo bien sea para el colaborador de la entidad, o bien derivan en un perjuicio para la finalidad común de la actividad administrativa.

En estos casos, es legítimo el uso de este mecanismo excepcional, esté o no de acuerdo el contratista, pues se trata de proteger un interés superior al contractualmente determinado. En este caso, la causal procede mediante la expedición de un acto administrativo en el que se expongan las razones de la determinación.

iii) Respecto al tercer problema jurídico, debe advertirse que, las inhabilidades son circunstancias establecidas por la Constitución o en la ley que impiden que personas naturales o jurídicas sean elegidas o designadas en un cargo público o celebren contratos con el Estado, con el objetivo de garantizar la idoneidad, imparcialidad, probidad, transparencia y moralidad de la función pública, garantizando el interés general.

El régimen de inhabilidades para contratar con el Estado es un conjunto de restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer relaciones contractuales con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico. Al respecto, la Corte Constitucional explica que: “las inhabilidades representan una limitación a la capacidad para contratar con las Entidades del Estado y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito en el sujeto incapacitado quien por esta razón no podrá hacer parte de una relación contractual”[[40]](#footnote-41).

La consagración de limitaciones que afectan la capacidad jurídica para contratar desarrolla los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, con especial énfasis el de moralidad. Así lo entiende el Consejo de Estado:

“De manera primordial en esta reflexión debe advertirse que la consagración legal de las incompatibilidades e inhabilidades en materia contractual, no es sino desarrollo del Principio de Moralidad que la Constitución Política consagra como uno de los rectores de la Función Administrativa, instituido en el artículo 209 de la Carta, toda vez que este Principio –en su carácter jurídico, ordenador y orientador del derecho– constituye la Finalidad, el Deber Ser, la Razón de Primer Orden en la cual se inspira, justifica y legitima la existencia de las normas que definen y regulan las inhabilidades e incompatibilidades.

Adicionalmente, toda vez que la Jurisprudencia Constitucional se ha referido a la protección del Interés General como causa que legitima la estructuración legal de las incompatibilidades e inhabilidades, se puede precisar que la regulación de sus causales para contratar con el Estado debe orientarse por el Principio de Moralidad que obviamente –como es propio de todos los Principios de la Función Administrativa– se despliega ordenado con base en la protección prevalente del interés general y, por ello, se entiende que la potestad de configuración legislativa en materia de incompatibilidades e inhabilidades para contratar con el Estado puede concretarse a través de una regla de carácter excluyente para determinados potenciales contratistas, la cual se impone entonces por razón de ese fin de interés general como regla legal prevalente, esto es que puede ser impuesta sobre el derecho individual a contratar con el Estado”[[41]](#footnote-42)

Así las cosas, las inhabilidades son medios que garantizan la transparencia y eficiencia en la actividad contractual del Estado, imponiendo restricciones en la personalidad jurídica, la igualdad, la libre empresa y, particularmente, en el derecho a participar en procesos de selección y celebrar contratos con el Estado. La Corte Constitucional ha reconocido que estas limitaciones deben estar justificadas en la salvaguarda del interés general y que su lectura e interpretación es taxativa y restrictiva:

“Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal [CC arts. 1502 y 1503; ley 80 de 1993, art. 6]. De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 80 de 1993, art. 44).

El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal [incompatibilidad o inhabilidad] no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado”[[42]](#footnote-43).

Además, la Corte Constitucional explica que el legislador tiene la competencia para determinar qué hechos o situaciones generan inhabilidad para contratar, pues este régimen es un aspecto propio del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP –, cuya expedición compete al Congreso de la República a la luz del artículo 150 de la Constitución Política, y que en esta materia rige el principio de legalidad:

“Las limitaciones y restricciones que se contienen en el citado estatuto, predicables de la relación Estado-particulares y que afectan los diversos momentos de formación, celebración y ejecución de los contratos estatales, se refieren a una faceta de la actividad del Estado y en la que se contempla, en los términos de la ley, una especial modalidad de participación o colaboración de los particulares en su papel de contratistas. La ley demandada recae sobre una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio pro libértate, sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley (CP art. 6).

[…]

Se comprende con facilidad que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, corresponde a una materia de normal y obligada inclusión en un estatuto contractual. El legislador, a quien se ha confiado expedir el indicado estatuto, tiene, pues, competencia para establecerlo (CP art. 150)”.[[43]](#footnote-44)

Conviene también distinguir las fuentes de las inhabilidades, las cuales han sido clasificadas en dos (2) grupos: i) inhabilidades-sanción y ii) inhabilidades-requisito. En el *primer* grupo se encuentran las inhabilidades que surgen como consecuencia de un proceso sancionatorio, en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional o de pérdida de investidura. En el *segundo* grupo están aquellas que no devienen de un proceso sancionatorio, sino de condiciones propias de la persona y garantizan la moralidad, la imparcialidad, la eficacia y la transparencia[[44]](#footnote-45).

A manera de ejemplo, en materia contractual, los literales c), d) y j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 establecen inhabilidades-sanción, porque la prohibición para contratar con el Estado en esos eventos es una consecuencia de una declaratoria de responsabilidad que surge luego de un proceso sancionatorio –administrativo, disciplinario o penal–; mientras que las inhabilidades de los literales f), g) y h) del numeral 1° de la norma citada establecen inhabilidades–requisito, pues no se configuran por la comisión previa de una falta o un delito que dio lugar a una declaratoria por parte de la Administración o el juez, sino de aspectos propios de la persona, derivados, por ejemplo, del parentesco o la afinidad o de la condición de servidor público.

En ambos eventos, la inhabilidad tiene como fuente una situación o un hecho propio del proponente –una conducta o una condición– ajena a la oferta. La inhabilidad surge, entre otros, por su grado de parentesco o afinidad, por su condición de servidor público o por una declaratoria de responsabilidad penal, disciplinaria o sancionatoria contractual sobre él.

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades –como ya se dijo– al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser *restrictiva*[[45]](#footnote-46), pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura al interior de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado que, al precisar el sentido de este tipo de normas, “[…] el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas”[[46]](#footnote-47). Por su parte, el Consejo de Estado ha acogido también este criterio, considerando –como expresa la Sala de Consulta y Servicio Civil– que “La interpretación restrictiva de las normas que establecen inhabilidades constituye una aplicación del principio del Estado de Derecho previsto en el artículo 6º de la Constitución, según el cual “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” lo que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido”[[47]](#footnote-48). En tal sentido, la Sección Tercera ha señalado que:

“[…] de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan inhabilidades e incompatibilidades, como en general de todas aquellas que comportan prohibiciones o limitaciones, deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento[[48]](#footnote-49).

También ha dicho que:

[…] la aplicación de estos preceptos exige una interpretación restrictiva, dado que según el principio hermenéutico *pro libertate*, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas; en otros términos, se encuentra prohibida constitucionalmente la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, toda vez que las palabras de la ley son la frontera que no se puede traspasar en el ejercicio hermenéutico de las mismas, pues de hacerlo se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 CN) y a la igualdad (art. 13 Ibid.); […][[49]](#footnote-50).

Como se aprecia, el principio *pro libertate* es el que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como sucede con las causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal. Por lo tanto, no es posible llevar a cabo la interpretación extensiva de estas, debiendo preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas, salvaguardando el interés general en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad.

Ahora bien, con la finalidad de resolver las dudas planteadas en su consulta, es menester señalar que, el artículo 127 de la Constitución Política de Colombia dispone que*“Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.”*(Énfasis fuera del texto original).

Por su parte, el literal f) del numeral 1 de la Ley [80](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304#080) de 1993 dispone:

*“****Artículo*** [***8***](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304#8)***.*** *DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.*

*1o. 8 Aparte tachado derogado por el Artículo 32 de la Ley 1150 de 2007)****Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:***

*[...]*

***f) Los servidores públicos.”*** (Énfasis fuera del texto original)

Conforme a lo expuesto, de acuerdo al mandato constitucional antes señalado y lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con Entidades Públicas personas privadas que manejen o administren recursos públicos. Lo anterior en la medida que, un servidor público no puede recibir doble erogación del Estado ni celebrar contrato alguno con otras entidades públicas. Ahora bien, en el caso que se traten de servicios que se presten en una entidad privada que no maneje o administren recursos públicos, no se evidencia impedimento legal alguno, para que perciba honorarios por concepto de trabajos particulares ejecutados en una entidad privada, dado que no se ha previsto incompatibilidad alguna constitucional o legal frente a ingresos provenientes del sector privado[[50]](#footnote-51).

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario que tal actividad se realice por fuera de la jornada de trabajo,ya que todo servidor público tiene la obligación de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas.

En todo caso, corresponde a las Entidades Estatales estudiar en caso concreto determinar en cada caso concreto si se presentan o no circunstancias que den lugar a la configuración de inhabilidades o incompatibilidades. Adicionalmente, cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido, de conformidad con el artículo 11 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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

|  |
| --- |
| * Ley 80 de 1993: Artículo 8, 17, 40. * CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 14 de octubre de 2011. Exp. 20811, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. * CONSEJO DE ESTADO, Sala De Consulta Y Servicio Civil. Consejero ponente: Édgar González López. 5 de septiembre de 2018. Expediente: 2386.      * CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1128 del 26 de agosto de 1998, C.P. César Hoyos Salazar.      * CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. Exp. 36.054. C.P.: Enrique Gil Botero. * CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Exp. 17.031. C.P:, Ruth Stella Correa Palacio. Ver también: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de septiembre de 2003, Exp. 15.119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. * CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 9 de julio de 2021. Radicación Nro. 52045.C.P.; Alberto Montaña Plata. Aclaración de voto: Alexander Jojoa Bolaños. * CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 6 de agosto de 1987. Expediente 3886. * CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 18 de julio de 2002. Expediente 22178. * CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y del Servicio Civil. Concepto del 18 de julio de 2022. Expediente 1439. Consejera Ponente: Dra. Susana Montes de Echeverri. * CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 22 de agosto de 2023. Exp. No. 58634, C.P. María Adriana Marín. * CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 19 de septiembre de 2022. Exp. No. 54714. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.      * CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de abril de 2024. Exp. No. 67095, C.P. Nicolás Yepes Corrales. * BENAVIDES, José Luis. Contratos Públicos. Estudios. Temas de Derecho Administrativo No. 5. Universidad Externado de Colombia. 2014. * DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición, Bogotá: Legis, 2016. * MARÍN CORTÉS. Fabián G. El precio. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo ― CEDA y Librería Jurídica Sánchez, 2012. |

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

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, en los conceptos con radicado Nos. 4201912000007298 de 23 de octubre de 2019, 4201913000006294 del 16 de septiembre de 2019, así como 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, C–452 del 28 de julio de 2020, C-560 del 24 de agosto de 2020, C-628 del 23 de septiembre del 2020, C-750 del 21 de diciembre de 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 y C-432 de 13 de julio de 2022 y C-630 del 29 de septiembre de 2022, C-784 del 21 de noviembre de 2022, entre otros, estudió asuntos relacionados con la adición de los contratos estatales, no obstante, en los términos antes explicados el presente concepto se aparta de la sostenida en los anteriormente señalados. En todo caso, 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/>.

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>.

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,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Lucia Saavedra Castañeda  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Raúl Sarmiento Cantillo  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero Gacharná  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. “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-2)
2. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil veintitrés (2023) Radicación número: 85001-23-33-000-2015-00211-01 (58.634) [↑](#footnote-ref-3)
3. CONSEJO DE ESTADO Sala De Consulta Y Servicio Civil. Consejero ponente: Édgar González López. 5 de septiembre de 2018. Expediente: 2386. [↑](#footnote-ref-4)
4. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 29 de julio de 2015, C.P.:

   Hernán Andrade Rincón (E). Rad.: 68001-23-31-000-2002-02796-01 (41.008). [↑](#footnote-ref-5)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 14 de octubre de 2011. Exp. 20811. Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-6)
6. Decreto Ley 222 de 1983: “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)
7. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha explicado que: “[…] son diferentes el contrato adicional y la adición de contratos. Aquel es un nuevo contrato, mientras esta es una modificación de un contrato en ejecución. La Ley 80 de 1993 abandonó el concepto de contrato adicional e introdujo el de «adición de los contratos», sin especificar los elementos sobre los cuales puede hacerse la adición, mantuvo sí un limite: no más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales […]”. Concepto 1128 del 26 de agosto de 1998, C.P. César Hoyos Salazar. [↑](#footnote-ref-8)
8. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil veintitrés (2023) Radicación número: 85001-23-33-000-2015-00211-01 (58.634) [↑](#footnote-ref-9)
9. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 4 de junio de 2019, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero. Rad.: 73001-23-31-000-2008-00741-01 (39.974). [↑](#footnote-ref-10)
10. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 18 de noviembre de 2021, C.P.: Alberto Montaña Plata. Rad.: 47001-23-33-001-2013-00363-01 (61.641). [↑](#footnote-ref-11)
11. La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en conceptos como el C-062 del 25 de marzo de 2020, C-100 del 27 de marzo de 2020, C-318 del 28 de mayo de 2020, C–452 del 28 de julio de 2020, C-560 del 24 de agosto de 2020, C-628 del 23 de septiembre del 2020, C-750 del 21 de diciembre de 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, C-630 del 29 de septiembre de 2022 y C-784 del 21 de noviembre de 2022 – este último al cual se refiere en su petición sostuvo respecto del artículo 40 de la Ley 50 de 1993 lo siguiente: “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”. No obstante, dicha postura fue modificada mediante los conceptos C-242 del 11 de septiembre de 2024 y C-465 del 23 de septiembre de 2024. [↑](#footnote-ref-12)
12. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 6 de agosto de 1987. Expediente 3886. [↑](#footnote-ref-13)
13. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 18 de julio de 2002. Expediente 22178. [↑](#footnote-ref-14)
14. Ibíd. [↑](#footnote-ref-15)
15. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición, Bogotá: Legis, 2016, p. 635 y 636. [↑](#footnote-ref-16)
16. Ibíd. p. 592. [↑](#footnote-ref-17)
17. Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2004. Exp. 22.178 y en la Sentencia de la misma Sección del 15 de julio de 2004. Exp. AP-1164-02. Esta postura fue reiterada por la Sala de Consulta Civil y Servicio Civil en Concepto del 6 de julio de 2018- Radicación Nro. 239. C.P.: Osar Darío Amaya Navas. [↑](#footnote-ref-18)
18. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y del Servicio Civil. Concepto del 18 de julio de 2022. Expediente 1439. Consejera Ponente: Dra. Susana Montes de Echeverri. [↑](#footnote-ref-19)
19. *sentencia del 19 de septiembre de 2022, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dr. Jaime Enrique Rodríguez. Expediente No. 54.714:* [↑](#footnote-ref-20)
20. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 22 de agosto de 2023. Exp. No. 58634. Consejero ponente: María Adriana Marín. [↑](#footnote-ref-21)
21. Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 19 de septiembre de 2022. Exp. No. 54714. Consejero ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-22)
22. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de abril de 2024. Exp. No. 67095. Consejero ponente: Nicolás Yepes Corrales. [↑](#footnote-ref-23)
23. *Al respecto puede confrontarse la sentencia del 31 agosto de 2011, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dra. Ruth Stella Correa. Expediente No. 18.080.* [↑](#footnote-ref-24)
24. *CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero Ponente: óscar Daría Amaya Navas seis (06) de junio de dos mil dieciocho (2018) Número Único: 11001-03-06-000-2018-00034-00 No. Radicación: 2369.* [↑](#footnote-ref-25)
25. *CONSEJO DE ESTADO* Sala de Consulta y Servicio Civil.Concepto del 6 *de junio de 2018*. *Rad*. *2369*, C. P. Óscar Daría Amaya Navas. [↑](#footnote-ref-26)
26. Ibidem. [↑](#footnote-ref-27)
27. 1FRANCO GUTIÉRREZ, Omar. La Contratación Administrativa. Quinta Ed. Bogotá. Leyer, 2010, pp. 552-553. [↑](#footnote-ref-28)
28. *CONSEJO DE ESTADO* Sala de ConsultaServicio Civil. *Consejero Ponente: óscar Daría Amaya Navas seis (06) de junio de dos mil dieciocho (2018) Número Único: 11001-03-06-000-2018-00034-00 No. Radicación: 2369* [↑](#footnote-ref-29)
29. BENAVIDES, José Luis. Contratos Públicos. Estudios. Temas de Derecho Administrativo No. 5. Universidad Externado de Colombia. 2014. [↑](#footnote-ref-30)
30. EXPOSITO Velez, Juan Carlos. La planeación y validez del contrato estatal. En: Contratos Públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. Agosto. 2017. [↑](#footnote-ref-31)
31. Ibidem. [↑](#footnote-ref-32)
32. Cfr. <http://etimologias.dechile.net/?exorbitante>. Consultado el 15 de mayo de 2020. [↑](#footnote-ref-33)
33. En efecto, «Se llaman así porque son evidentemente diferentes del derecho común. No se concebirían en los contratos civiles porque quedaría roto el principio de igualdad entre las partes y el de libertad contractual. Estas cláusulas exorbitantes del derecho común sobrepasan el ámbito de este derecho, ya sea porque son inusuales o porque incluidas en los contratos de derecho privado resultarían ilícitas por exceder el ámbito de la libertad contractual. Vale decir, en consecuencia, que las cláusulas exorbitantes pueden ser inusuales o ilícitas y en este caso por afectar el orden público» (DÍEZ, Manuel María. Manual de derecho administrativo. Tomo I. Décima Edición. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra. p. 293. En el mismo sentido, RIVERÓ, Jean. Derecho Administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984. pp. 128-129. VEDEL, George. Derecho administrativo. Madrid: Editorial Aguilar, 1980. p. 191). [↑](#footnote-ref-34)
34. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Exp. 30.832. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Idea reiterada en la Subsección A. Sentencia del 16 de agosto de 2012. Exp. 22.822. C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Subsección A. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Exp. 30.251. C.P. Hernán Andrade Rincón; Subsección C. Sentencia del 13 de mayo de 2015. Exp. 32.492. C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz (E), entre otras. [↑](#footnote-ref-35)
35. Cabe precisar que la inclusión de los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar se realizó mediante el artículo 52 de la Ley 2195 de 2022, que modificó el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-36)
36. El artículo 1501 del Código Civil prescribe lo siguiente: «Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; *son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial*; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-37)
37. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Exp. 30.832. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-38)
38. EXPÓSITO Velez, Juan Carlos. Forma, Formalidades y contenido del contrato estatal. Serie de Derecho Administrativo No. 34Universidad Externado de Colombia. 2021.Página 241. [↑](#footnote-ref-39)
39. EXPÓSITO Velez, Juan Carlos. Forma, Formalidades y contenido del contrato estatal. Serie de Derecho Administrativo No. 34Universidad Externado de Colombia. 2021.Página 242. [↑](#footnote-ref-40)
40. Corte Constitucional. Sentencia C-1016 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio. [↑](#footnote-ref-41)
41. Consejo De Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Rad. 25.646. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-42)
42. Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-43)
43. Ibídem. [↑](#footnote-ref-44)
44. Corte Constitucional. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-45)
45. Ibíd., p. 69. [↑](#footnote-ref-46)
46. Corte Constitucional. Sentencia T-1039 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. La Corte ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras. [↑](#footnote-ref-47)
47. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2.251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-48)
48. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-49)
49. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.057. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De De La Hoz. [↑](#footnote-ref-50)
50. Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto 007871 del 11 de enero de 2023. Es posible consultarlo en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=205585#:~:text=%2D%20Subtema%3A%20Empleado%20P%C3%BAblico,a%20los%20procesos%20disciplinarios%20correspondientes>. [↑](#footnote-ref-51)