**GARANTÍA DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA – Concepto – Características**

Ahora bien, tratándose del amparo de estabilidad y calidad de la obra, sin perjuicio de la garantía decenal de que trata el artículo 2060 del Código Civil , el numeral 5 del artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015 dispone que “[…] cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción”.

[…]

De esta manera, la garantía cubre la ocurrencia de vicios, mala calidad, defectos, deficiencias técnicas o fallas que la Administración no detecte al momento de recibir la obra o que descubre con posterioridad a la finalización del contrato, afectando el cumplimiento de los objetivos que animaron la suscripción. Al respecto, la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado ha manifestado que el recibo de la obra no implica la aceptación de su estabilidad y tampoco exonera de cumplir con la obligación de saneamiento por los vicios que son inherentes a la construcción de la obra, y el contratista está llamado a responder por ello.

**MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES – Procedencia – 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.

Bogotá D.C., 29 Diciembre 2024



Señor

**Edgar Alexis Fernandez Cardona**
alexis.fernandez.cardona@gmail.com

Bogotá D.C

**Concepto C–898 de 2024**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Temas:**  | GARANTÍA DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA – Concepto – Características/ |  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20241120011684 |  |

Estimado Edgar:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde la solicitud remitida por competencia por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública el 20 de noviembre de 2024. En la cual manifiesta lo siguiente:

 “(…)

1. **Alcance de la Póliza de Cumplimiento y Estabilidad de Obra**

La Ley 80 de 1993, junto con la Ley 1150 de 2007, establece que las garantías contractuales buscan proteger los intereses del Estado frente al incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista. Sin embargo, la cobertura de la **Póliza de Cumplimiento y Estabilidad de Obra** generalmente tiene un plazo limitado a un año después de la entrega de la obra.

Dado lo anterior, solicito:

1. Interpretación del Departamento Administrativo de la Función Pública sobre los alcances y limitaciones de la cobertura de dichas pólizas. En particular, solicito un concepto sobre si es jurídicamente procedente imputar responsabilidad al contratista por deterioros ocurridos una vez vencido el plazo de cobertura, considerando que el Código Civil Colombiano en su artículo 1602 establece que los contratos deben cumplirse conforme a lo pactado.

2. Análisis sobre el principio de **buena fe contractual** (Artículo 83 de la Constitución), dado que en la práctica la interpretación amplia de las responsabilidades podría generar inseguridad jurídica, afectando al contratista incluso más allá del tiempo razonable establecido por las pólizas.

Adicionalmente, considero relevante determinar si, en situaciones específicas, el incumplimiento de las garantías aseguradas puede ser imputado al contratista incluso cuando el deterioro de las obras obedezca a factores externos no contemplados al momento de la ejecución contractual.

**2. Consideraciones Ambientales y Geográficas en La Guajira**

El Estatuto de Contratación Pública (Ley 80 de 1993) establece que los contratistas deben garantizar la estabilidad de las obras en función de las condiciones específicas del territorio. Sin embargo, en zonas como La Guajira, donde las características desérticas, la salinidad y la alta exposición a factores climáticos extremos son predominantes, el cumplimiento de este principio es un desafío técnico y financiero considerable.

Por lo tanto, solicito al Departamento Administrativo de la Función Pública:

1. Conceptuar sobre cómo debe interpretarse la responsabilidad del contratista frente al **deterioro natural de las obras** por condiciones geográficas, particularmente cuando dichos factores exceden los riesgos previsibles o se encuadran dentro de los eventos de **fuerza mayor** y **caso fortuito**, conforme al artículo 64 del Código Civil.

2. Exponer su posición frente a los temblores frecuentes en La Guajira y otros departamentos del Caribe, considerando que este fenómeno geológico ha sido clasificado por el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres como un evento recurrente y de alto impacto.

El análisis solicitado resulta imperativo para garantizar una imputación proporcional y justa de responsabilidades en los procesos fiscales, evitando que se endilgue al contratista la totalidad de las afectaciones, en desmedro del principio de **equidad contractual**.

**3. Modificaciones a las Obras por Comunidades Indígenas en Ejercicio de su Autonomía**

El Convenio 169 de la OIT, ratificado en Colombia mediante la Ley 21 de 1991, garantiza a las comunidades indígenas el derecho a la autodeterminación, incluyendo el uso y adaptación de infraestructuras dentro de sus territorios en función de sus costumbres. En ese contexto, la autonomía otorgada por el artículo 330 de la Constitución implica un desafío adicional para los contratistas.

Por ello, solicito:

1. Concepto sobre la aplicabilidad del marco normativo que regula las modificaciones realizadas por comunidades indígenas a obras públicas entregadas a satisfacción.

2. Aclaración de si estas modificaciones, realizadas bajo el marco de la autonomía indígena, exoneran de responsabilidad fiscal al contratista, quien no tiene control sobre los cambios efectuados por las comunidades receptoras de las obras.

3. Valoración del principio de **equilibrio contractual** en estas situaciones, evitando que las alteraciones posteriores realizadas por los beneficiarios sean imputadas al contratista.

**4. Recepción de Obras en Buen Estado y Posterior Modificación por Beneficiarios**

El artículo 15 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) establece que los contratistas tienen derecho a que las obras entregadas sean utilizadas adecuadamente por los beneficiarios. Sin embargo, existen casos donde, tras la entrega formal de las obras y su recepción a satisfacción, los beneficiarios proceden a modificar, desmantelar o deteriorar las mismas.

Ante ello, solicito:

1. Interpretación del Departamento Administrativo de la Función Pública sobre la delimitación de responsabilidades fiscales en estos casos, dado que el contratista pierde control sobre la obra al momento de su entrega formal.

2. Análisis de precedentes jurisprudenciales y administrativos que esclarezcan los criterios para evitar una imputación desproporcionada de responsabilidades al contratista en estas circunstancias.

**5. Amparo de Estabilidad y Calidad de la Obra Inferior a Cinco Años**

El Decreto 1082 de 2015 establece que el valor y duración de las garantías deben ser proporcionales a las características del contrato. No obstante, algunas entidades contratantes exigen amparos de estabilidad por un plazo inferior a cinco años, según el tipo de obra contractar.

Por ello, solicito:

1. Concepto sobre los casos en que es legalmente procedente que una entidad contratante exija garantías inferiores a cinco años, en que eventos y/o Escenarios.

2. Delimitación de los criterios técnicos y normativos que deben emplearse para justificar dicha decisión, en armonía con el principio de proporcionalidad.

**6. Justificación de Procesos Fiscales a Largo Plazo y Caducidad de las Pólizas**

La apertura de procesos fiscales y disciplinarios con posterioridad al vencimiento de las pólizas de cumplimiento y estabilidad de obra genera un estado de indefensión para los contratistas, dado que pierden las herramientas necesarias para garantizar su protección frente a imputaciones fiscales.

En este sentido, solicito:

1. Análisis sobre los límites temporales para la apertura de investigaciones fiscales y/o disciplinaria, con base en los principios de **seguridad jurídica** y **debido proceso** consagrados en los artículos 29 y 83 de la Constitución.

2. Determinación de si, en ausencia de garantías aseguradoras, es procedente exigir al contratista responsabilidades adicionales, considerando que ello podría contravenir el principio de proporcionalidad.

(…)”.

 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, ni a determinar grados de responsabilidad por las actuaciones de los diferentes participes del sistema de compra pública, ni hacer estudio de escenarios hipotéticos en donde se relacionan en algún momento elementos de contratación que tienen relación con otras actividades del mundo jurídico.

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

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿cuál es el alcance del amparo de estabilidad y calidad de la obra?, y (ii) ¿existe un enunciado dentro del EGCAP que permita modificar los contratos por parte de las Comunidades Indígenas en Ejercicio de su Autonomía en virtud de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT?

1. **Respuesta:**

Respecto al *primer interrogante,* el numeral 5 del artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015 dispone que el amparo de estabilidad y calidad de la obra “[…] cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción”. Por su parte, el artículo 2.2.1.2.3.1.14 *ibidem* se refiere a la suficiencia de la garantía en cometo y establece su vigencia.

 No existe una norma específica para los casos puntuales de la petición, por lo que la constitución de la garantía de estabilidad y calidad de la obra deberá realizarse en atención a las particularidades del proceso de contratación y de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1082 de 2015 y demás normas aplicables.

 Respecto al *segundo interrogante,* es preciso indicar que los derechos reconocidos a estas comunidades a partir de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT que fue ratificado mediante la Ley 21 de 1991 y que trae la figura de consulta previa, el cual es ,el derecho fundamental que tienen los grupos étnicos, de poder decidir sobre medidas (legislativas y administrativas) o proyectos, obras o actividades que se vayan a realizar dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación, no establece de manera directa la posibilidad de modificar los contratos celebrados por parte de las entidades sometidas al EGCAP.

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

Teniendo presente la variedad temática del presente concepto, se abordará en primer momento lo referente a la estabilidad y calidad de la obra.

* La Guía de garantías en Procesos de Contratación señala que “Las garantías son instrumentos de cobertura de algunos Riesgos comunes en Procesos de Contratación”[[1]](#footnote-2). En relación con la garantía de cumplimiento, la Agencia Nacional de Contratación Pública ha sostenido lo siguiente:

“Tiene carácter indemnizatorio dado que su finalidad es proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista, para de esta manera evitar que dicho patrimonio se vea afectado o empobrecido.

Tiene por finalidad asegurar la ejecución total y oportuna del objeto contratado y proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista. Esta cláusula es de forzosa estipulación, a tal punto que si no es pactada en aquellos contratos en los cuales la ley establece su obligatoriedad, se presume incorporada en el respectivo contrato y no podrá ser renunciada por la Administración”[[2]](#footnote-3).

* Como puede observarse, la finalidad y principal objetivo de la garantía de cumplimiento es proteger el patrimonio de la entidad de los potenciales riesgos y efectos derivados de un incumplimiento del contratista. Esta función, se advierte, debe irradiar la comprensión de las normas sobre garantías en general y sobre su vigencia en particular.
* En efecto, según el artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015[[3]](#footnote-4), la garantía única de cumplimiento cuenta con varios amparos, que incluyen el de buen manejo y correcta inversión del anticipo; la devolución del pago anticipado; el amparo de cumplimiento del contrato; la garantía de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales; la estabilidad y calidad de la obra, entre otros.
* Por tanto, el amparo de cumplimiento es uno de los múltiples amparos que conforman la garantía única de cumplimiento. Al tenor de lo preceptuado en el artículo 2.2.1.2.3.1.7. *ibidem,* la garantía de cumplimiento debe proteger a la entidad de los perjuicios que se puedan ocasionar con el incumplimiento, total o parcial del contrato, del cumplimiento tardío o defectuoso, de los daños por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales, y del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria. De lo anterior se advierte que el amparo de cumplimiento tiene como objeto proteger a la entidad de los riesgos que puedan concretarse durante la etapa de ejecución del contrato y, más claramente, aquellos derivados de incumplimientos o conductas imputables al contratista.
* Ahora bien, tratándose del amparo de estabilidad y calidad de la obra, sin perjuicio de la garantía decenal de que trata el artículo 2060 del Código Civil[[4]](#footnote-5), el numeral 5 del artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015 dispone que “[…] cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción”.
* Por otra parte, el artículo 2.2.1.2.3.1.14 prescribe que “Esta garantía debe estar vigente por un término no inferior a cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra. La Entidad Estatal debe determinar el valor asegurado de esta garantía en los documentos del proceso, de acuerdo con el objeto, la cuantía, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato a celebrar”(Subrayado fuera de texto), agregando que “La Entidad Estatal puede aceptar que esta garantía tenga una vigencia inferior a cinco (5) años previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato, lo cual se debe reflejar en los documentos del proceso”.
* A tales efectos, la norma establece que “Para establecer la complejidad técnica del proyecto, y por ende la vigencia de la garantía de estabilidad y calidad de la obra por un término inferior a los cinco (5) años, la justificación técnica del experto en la materia objeto del contrato tendrá en consideración variables como las siguientes: el tipo de actividades que serán realizadas, la experticia técnica requerida, el alcance físico de las obras, entre otros, pero sin limitarse únicamente a la cuantía del proceso”.
* De esta manera, la garantía cubre la ocurrencia de vicios, mala calidad, defectos, deficiencias técnicas o fallas que la Administración no detecte al momento de recibir la obra o que descubre con posterioridad a la finalización del contrato, afectando el cumplimiento de los objetivos que animaron la suscripción. Al respecto, la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado ha manifestado que el recibo de la obra no implica la aceptación de su estabilidad y tampoco exonera de cumplir con la obligación de saneamiento por los vicios que son inherentes a la construcción de la obra, y el contratista está llamado a responder por ello.
* El Consejo de Estado ha delimitado la finalidad del amparo de estabilidad de la obra para indemnizar los perjuicios causados a la entidad contratante en aquellos eventos en los que la obra ejecutada amenace ruina o deterioro a consecuencia de vicio de construcción, o del suelo, o de los materiales que el contratista ha debido conocer en razón de su profesión u oficio.
* Lo anterior se reafirma a partir de las exigencias que el Código Civil ha establecido para que resulte procedente predicar la responsabilidad contractual del constructor, contenidas en el numeral tercero del artículo 2060.
* Así las cosas, si bien la entidad estatal tiene la potestad de declarar el siniestro mediante acto administrativo, no por ello se le exime de demostrar el defecto de construcción y su atribución al contratista, en la medida en que no opera presunción alguna que desplace el deber de acreditar los elementos de la responsabilidad contractual. Patrocinar una presunción sobre este aspecto sería tanto como presumir la imputación por el solo estado de la vía, lo cual no resulta procedente en tanto es preciso demostrar que la afectación de la vía o las fallas presentadas en la misma son consecuencia de un defecto en la construcción, un vicio del suelo que el personal del contratista debiera conocer o vicios en los materiales suministrados, tal como se desprende de la normativa en cita.[[5]](#footnote-6)
* Entonces, se ha sostenido que el amparo de la estabilidad de la obra tiene por objeto “la cobertura de los riegos que soporta la entidad contratante en aquellos eventos en los que, con posterioridad a la terminación y entrega a satisfacción de la construcción o edificación, se presenten graves deterioros que por causa de un vicio oculto no se podían advertir con anterioridad, e impidan su normal utilización”[[6]](#footnote-7).
* Finalmente, es preciso mencionar que la jurisprudencia ha diferenciado la obligación de garantizar el contrato de obra pública mediante garantías, con la responsabilidad exigible al contratista en virtud del artículo 2060 del Código Civil, en tanto que las obligaciones de estabilidad de la obra tienen origen en el contrato y esto no lo libera de las obligaciones garantizadas por el término señalado en el Código Civil para edificaciones, por ello ha dicho:

“Por eso, en principio, el hecho de que el contratista constructor constituya la garantía de estabilidad de la obra por un período menor a los diez años, no implica que por el tiempo faltante cese la obligación que la ley civil le impone de responder si se presentan vicios inherentes a la construcción y a la calidad de los materiales, sino que comporta que la entidad pública dueña de la obra pueda hacerla exigible con fundamento en la garantía de seguro constituida por el contratista constructor, si llegasen a aparecer en el período de garantía.

Igualmente, el vencimiento de la garantía no libera al constructor de la responsabilidad que le incumbe por la estabilidad de la obra y la buena calidad de los materiales utilizados, durante el término que reste de la obligación decenal establecida en el artículo 2060 del Código Civil.

Por lo tanto, terminado el contrato de obra, debido al interés público, el contratista tiene a su cargo la obligación de dejar indemne a la entidad contratante de los perjuicios relacionados con la destrucción y la amenaza de ruina de la obra por vicio de la construcción, o del suelo, o de los materiales, según el caso, por un término no inferior a diez años posteriores a la entrega, con independencia de que el plazo de vigencia de la garantía del seguro sea menor. Se dice término inferior, pues bien puede suceder que la naturaleza de la obra determine un plazo mayor de extensión de la responsabilidad.”[[7]](#footnote-8)

* En todo caso, es importante señalar que no existe una norma específica para los casos puntuales de la petición, por lo que la constitución de la garantía de estabilidad y calidad de la obra deberá realizarse en atención a las particularidades del proceso de contratación y de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1082 de 2015 y demás normas aplicables, en los términos expuestos en este concepto.

En segunda medida se abordará la temática de modificación de los contratos y en particular, sobre la existencia de un enunciado dentro del EGCAP que permita modificar los contratos por parte de las Comunidades Indígenas en Ejercicio de su Autonomía en virtud de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

* Para abordar la temática es primordial señalar que dentro del EGCAP contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como en las normas que las han modificado y las reglamentan, no consagran una regulación expresa sobre la posibilidad de modificar los contratos celebrados por las Entidades Estatales. Ello encuentra sustento en que, en principio, los contratos deben ejecutarse en las condiciones pactadas inicialmente, pues tales condiciones fueron convenidas luego de que la Entidad Estatal surtiera todos los procedimientos previstos para la selección de su contratista y definiera los aspectos, técnicos, legales y financieros propios de cada caso, con observancia de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, así como de todos los demás principios de la función administrativa, aplicables al proceso de gestión contractual.
* La regulación expresa contenida en la Ley 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, al cual se hará referencia más adelante.
* Ahora bien, no existe ninguna restricción expresa para modificar los contratos estatales y los mismos principios antes referidos ponen en evidencia la necesidad de suscribir documentos de modificación en los cuales se cambie parte de las estipulaciones pactadas en un comienzo.
* En el contexto antes descrito, la jurisprudencia ha fijado pautas generales conforme a las cuales la Administración Pública debe evaluar, teniendo cuenta las particularidades de cada caso, si resulta procedente suscribir documentos de modificación a los contratos que ha celebrado. Así, por ejemplo, el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente sobre el asunto:

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

[…]

La ley permite una cierta discrecionalidad en la toma de las decisiones de modificar los contratos, pues es muy difícil regular detalladamente el tema, en especial ante la infinidad de situaciones que pueden presentarse durante la ejecución. Por esto utiliza locuciones relativamente amplias, a las que debe someterse la administración. A manera de ejemplo, se citan las siguientes tomadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras, (artículo 4.8), no sobrevenga mayor onerosidad, (artículo 4.9), acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar … diferencias, (ibídem), evitar la paralización y la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, (artículo 14); etc. Nótese que, sin embargo, en ellas van inmersas las ideas de una causa cierta y unos fines públicos que hay que salvaguardar.

(…)”

* A su turno, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-416 de 2012, expresó lo siguiente sobre la posibilidad de modificar los contratos estatales:

“Por regla general, los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado, a los cuales sirve el contrato. Así lo prevén por ejemplo los artículos 14 y 16 de la ley 80, los cuales facultan a las entidades contratantes a modificar los contratos de común acuerdo o de forma unilateral, para «[…] evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”, entre otros. En el mismo sentido, en la sentencia C-949 de 2016, la Corte Constitucional señaló que las prórrogas de los contratos –como especie de modificación- pueden ser un instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal.

[…]

* La modificación de los contratos estatales es especialmente importante en aquellos por naturaleza incompletos, es decir, (i) los afectados por asimetrías de información que impiden la previsión de todas las contingencias que pueden afectar su ejecución, y (ii) en el marco de los cuales, por esa misma razón, es difícil prever ex ante los remedios necesarios para afrontar tales contingencias, como ocurre por lo general con los contratos de largo plazo.
* En efecto, con el paso del tiempo, pueden surgir nuevas exigencias sociales, tecnológicas, culturales, etc. sobre la forma cómo el Estado debe cumplir sus fines y sobre cómo se deben prestar los servicios públicos, o simplemente pueden aparecer circunstancias extraordinarias e imprevisibles al momento del diseño del negocio, para que las que tampoco era posible, en dicho momento, prever un remedio adecuado y específico. En este tipo de contratos es preciso entonces el diseño de reglas que permitan la adaptación y la resolución pacífica de las controversias para evitar el fracaso.
* Ahora bien, el que la mutabilidad de los contratos estatales sea posible no significa que pueda llevarse a cabo por la mera voluntad de las partes o de la entidad contratante; por el contrario, la modificación del contrato debe ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica. Por ello la Corte concuerda con la Sala de Consulta y Servicio Civil en que la modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, sustentada y probada, y acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal”.
* En el mismo sentido, en el concepto 2263 del 17 de marzo del 2016, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado precisó que la regla general es la no modificación del contrato, y la vía excepcional su modificación, sometida a límites legales; límites que, en los términos definidos en el referido concepto, corresponden a los siguientes:

“1. La necesidad de preservar los principios de igualdad, transparencia y libertad de concurrencia, durante la fase de ejecución del contrato.

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.

Así, según lo expuesto en el concepto en cuestión «la aplicación de los principios de transparencia, de libertad de concurrencia y de igualdad, consagrados en el Estatuto Contractual, y las reglas sustanciales del pliego de condiciones, que permitieron elegir la mejor oferta, previo cumplimiento de los requisitos habilitantes y de ponderación, deben ser de estricta observancia por la Administración y por el contratista, y sus efectos trascienden y se aplican 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».

2. Límites de orden temporal, entre los que 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.

3. Límites de orden formal, que comprenden: i) La solemnidad del contrato de modificación, derivada del carácter solemne del contrato estatal, que exige que modificación de los contratos conste por escrito; ii) la motivación y justificación de la modificación, la cual constituye un elemento esencial que permite determinar la juridicidad y la necesidad de una modificación determinada; así como su racionalidad y la proporcionalidad de su contenido.

4. Límites de orden material, que corresponden a: i) 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”.

* Sobre el alcance de dicha prohibición, la Sala de Consulta y Servicio Civil expresó lo siguiente:

“Así, frente a circunstancias excepcionales la Administración podría usar su poder de modificación unilateral o realizar las modificaciones de mutuo acuerdo, con el cumplimiento de los requisitos de ley. Se trataría de la excepción a la regla general de intangibilidad del contrato. La doctrina y algunos pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, aportan los elementos necesarios que permiten orientar a la Administración sobre esta vía excepcional y sus requisitos:

- No podría aceptarse un poder ilimitado o absoluto de modificación, aun frente a circunstancias excepcionales. Por ello la modificación no podrá afectar el núcleo esencial del objeto, o la naturaleza global del contrato. Con independencia de las razones y circunstancias imprevisibles que puedan presentarse, no es posible que el contrato mute o se transforme en un contrato sustancialmente distinto. Si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios pactados por otros diferentes, o se modifica el tipo de contratación, o el núcleo esencial del objeto, se presentaría una novación del negocio jurídico y su objeto.

[…]

-Las causas que justificarían la modificación del contrato deben obedecer al acaecimiento de situaciones o circunstancias imposibles de prever, con una diligencia debida, que hagan imperiosa o necesaria la modificación de algunas estipulaciones del contrato, como única manera de conjurarlas. Debe tratarse de la existencia de circunstancias surgidas de un riesgo imprevisible, no necesariamente de una situación no prevista, que pueda razonablemente considerarse en un futuro mediato o que debieron ser previstas en la etapa de planeación del contrato. Ello supone la existencia de circunstancias posteriores, externas a las partes y no agravadas por su acción u omisión, puestas de manifiesto o imposibles de advertir en la etapa precontractual, que, además, muestren la imposibilidad de cumplir lo pactado inicialmente, o su falta de idoneidad. Estas circunstancias pueden obedecer a razones de tipo geológico, medioambiental o de otra índole, que no pudieron ser razonablemente previstas. […]

-La existencia de una necesidad de servicio público que justifique la modificación, hasta el punto de conjurar la nueva necesidad. La acreditación de estas circunstancias estará a cargo de la entidad estatal, justificada en los estudios previos y en la debida motivación del contrato modificatorio

El cumplimiento del límite cuantitativo consagrado en la ley para los contratos adicionales. […]

-Debe tratarse de prestaciones necesarias e inseparables técnica o económicamente del contrato inicial, que no permitan su uso o aprovechamiento independiente La modificación de las condiciones de la prestación o del contrato debe presuponer que no pueda ser materia de un nuevo proceso de selección, o de su contratación con un tercero, en razón a que, por su naturaleza, resulte inseparable técnica o económicamente de la prestación pactada en el contrato inicial”.

* Conforme a la regulación legal y a la interpretación que de la misma han hecho el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, la cual se comparte por esta Agencia, es viable jurídicamente modificar los contratos estatales, pero esta medida 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, y cuando se deriva de previsiones legales, esto es, cuando la modificación encuentra sustento no solo en circunstancias fácticas propias de la ejecución del contrato, sino, además, cuando tales situaciones ponen de presente la necesidad de dar cumplimiento a previsiones establecidas por el legislador.
* Así las cosas, para establecer si un contrato determinado puede ser susceptible de modificación, se hace necesario que la Administración analice, en cada caso, la concurrencia de los aspectos antes referidos.
* Además de lo anterior, 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.
* Sobre este último punto, la doctrina ha precisado que cuando “se alude a la modificación del contrato se lo hace para referirse a alteraciones, variaciones, sustituciones de calidad, componentes o número de obras, bienes o servicios. No implican la sustitución del género del contrato sino modificaciones que responden a necesidades sobrevivientes o a errores en la fase previa” 4. Para la determinación de los aspectos que no alteran la esencia del contrato estatal y que por ello al variarse no lo convierte en otro contrato, resulta útil remitirse a lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil, que establece que los contratos tienen elementos de su esencia, de su naturaleza y accidentales. Las definiciones de cada uno de dichos conceptos efectuadas en el artículo en comento resultarán útiles para establecer, en un caso determinado, si una específica modificación altera la esencia del contrato.
* En todo caso, corresponderá a cada Entidad Estatal realizar el análisis respecto a la precedencia de modificar determinado contrato estatal, 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, de lo que es pertinente señalar que dentro del EGCAP no se encuentra establecido una posibilidad o facultad para modificar los contratos por parte de las comunidades indígenas en caso en que los contratos tuviesen relación o alcance o interacción con sus territorios.
* Ahora bien, es preciso indicar que los derechos reconocidos a estas comunidades a partir de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT que fue ratificado mediante la Ley 21 de 1991 y que trae la figura de consulta previa, el cual es ,el derecho fundamental que tienen los grupos étnicos, de poder decidir sobre medidas (legislativas y administrativas) o proyectos, obras o actividades que se vayan a realizar dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación, no establece de manera directa la posibilidad de modificar los contratos celebrados por parte de las entidades sometidas al EGCAP.
1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**
* Código Civil Colombiano, artículo 1501, artículo 2060. Disponible en:
* Ley 80 de 1993, artículo 40. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/ley-80-de-1993/>
* Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.3.1.7. artículo 2.2.1.2.3.1.14 Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/decreto-1082-de-2015/>
1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

 La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, en los conceptos C-457 del 3 de septiembre del 2021, C-663 del 13 de octubre de 2022 y C-581 del 23 de octubre de 2024. se pronunció sobre la modificación a los contratos estatales. A su vez, se pronunció en términos generales sobre las garantías en la contratación estatal, entre otros, en los conceptos 2201913000009075 del 9 de diciembre de 2019, C-080 del 8 de abril de 2021, C-525 del 27 de septiembre de 2021, C- 567 del 08 de octubre del 2021, C-036 del 28 de febrero del 2022, C-126 de 25 de marzo de 2022, C-845 del 7 de diciembre de 2022 y C-796 del 17 de diciembre de 2024. 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/busqueda/conceptos>.

Nos complace informarte que ya están disponibles las nuevas versiones de los Documentos Tipo para Infraestructura de Transporte, recuerda que es de obligatoria observancia por TODAS las entidades sometidas al EGCAP y entidades de régimen especial, con las excepciones de ley:

**Documentos tipo para los procesos de selección de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte – versión 3:**[03. Documentos tipo para los procesos de selección de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte – versión 3 | Colombia Compra Eficiente | Agencia Nacional de Contratación Pública](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fcontent%2F03-documentos-tipo-para-los-procesos-de-seleccion-de-interventoria-de-obra-publica-de&data=05%7C02%7Cgustavo.hinestroza%40colombiacompra.gov.co%7Cb18b651bca3a4eb8eab008dd269b400d%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638709170415324798%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJFbXB0eU1hcGkiOnRydWUsIlYiOiIwLjAuMDAwMCIsIlAiOiJXaW4zMiIsIkFOIjoiTWFpbCIsIldUIjoyfQ%3D%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=WP6Q0MNZveD9jX5eJ4GUi2pGzerfycSBvFEJQLfh%2FBU%3D&reserved=0)

**Documentos tipo para los procesos de selección de consultoría de obra pública de infraestructura de transporte – versión 2:** [02. Documentos tipo para los procesos de selección de consultoría de obra pública de infraestructura de transporte – versión 2. | Colombia Compra Eficiente | Agencia Nacional de Contratación Pública](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fcontent%2F02-documentos-tipo-para-los-procesos-de-seleccion-de-consultoria-de-obra-publica-de&data=05%7C02%7Cgustavo.hinestroza%40colombiacompra.gov.co%7Cb18b651bca3a4eb8eab008dd269b400d%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638709170415349526%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJFbXB0eU1hcGkiOnRydWUsIlYiOiIwLjAuMDAwMCIsIlAiOiJXaW4zMiIsIkFOIjoiTWFpbCIsIldUIjoyfQ%3D%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=Wafva1jUYBs0RExqjLzzsgUNJOfl0o0pW8YRpra9Y38%3D&reserved=0)

También, te contamos que ya publicamos **la nueva Guía de Contratación Pública Sostenible y Socialmente Responsable**. Esta guía es un instrumento clave para integrar buenas prácticas en la contratación estatal, promoviendo los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) a través de criterios y obligaciones ambientales y sociales en todas las etapas del proceso. Puede consultar la guía en el siguiente enlace: [Guía de Contratación Pública Sostenible y Socialmente Responsable | Colombia Compra Eficiente | Agencia Nacional de Contratación Pública](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fmanuales-guias-y-pliegos-tipo%2Fmanuales-y-guias%2Fguia-de-contratacion-publica-sostenible-y-socialmente&data=05%7C02%7Cgustavo.hinestroza%40colombiacompra.gov.co%7Cb18b651bca3a4eb8eab008dd269b400d%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638709170415366439%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJFbXB0eU1hcGkiOnRydWUsIlYiOiIwLjAuMDAwMCIsIlAiOiJXaW4zMiIsIkFOIjoiTWFpbCIsIldUIjoyfQ%3D%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=wYVokjYCzH%2F8r3psRdzY%2Fp6mJktONTGKqOSkSxpbihY%3D&reserved=0)

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

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

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

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró:  | Gustavo Hinestroza MartínezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó  | Juan Carlos González VásquezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó:  | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Guía de garantías en Procesos de Contratación. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_garantias.pdf>. [↑](#footnote-ref-2)
2. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Síntesis: 8. Etapa precontractual: Garantía de cumplimiento del contrato estatal. [↑](#footnote-ref-3)
3. La norma citada dispone: “Artículo 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo.

2. Devolución del pago anticipado. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal por la no devolución total o parcial del dinero entregado al contratista a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.

3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:

3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y

3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

4. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. Este amparo debe cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado.

La Entidad Estatal no debe exigir una garantía para cubrir este Riesgo en los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano.

5. Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.

6. Calidad del servicio. Este amparo cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios deri­vados de la deficiente calidad del servicio prestado.

7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato.

8. Los demás incumplimientos de obligaciones que la Entidad Estatal considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato”. [↑](#footnote-ref-4)
4. Esta norma dispone que “Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

[…]

3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, <sic 2057> inciso final […]”. [↑](#footnote-ref-5)
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 23 de febrero de 2012, Exp. 20.810. [↑](#footnote-ref-6)
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección C, Sentencia de 28 de febrero de 2020, Exp. 46852. [↑](#footnote-ref-7)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 15 de diciembre de 2011, Exp. 40.586 [↑](#footnote-ref-8)