

MODIFICACIÓN DEL CONTRATO – Adición – Prórroga – Renovación – Diferencias



Colombia Compra Eficiente

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

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

PRÓRROGA DE CONTRATO – Procedencia – Autonomía de la voluntad

La Ley 80 de 1993 no se refirió a la posibilidad de prorrogar los contratos estatales, al igual que tampoco lo prohibió. En vista de ello, es necesario partir de las remisiones que hace la Ley 80 de 1993 al derecho privado y al principio de la autonomía de la voluntad para llenar este aspecto —arts. 13, 32 y 40—. De esta manera, los particulares tienen amplia libertad para prorrogar el plazo de cualquier contrato y, salvo ciertas disposiciones específicas de algunas tipologías contractuales, no existen criterios que determinen límites a esta posibilidad ni a su alcance, de manera que el principio de la autonomía de la voluntad en este aspecto despliega ampliamente sus efectos, lo que a su vez es trasladable, como principio, a los contratos estatales.

PRÓRROGA AUTOMÁTICA – Concepto

La prórroga automática de un contrato es la estipulación en virtud de la cual las partes convienen que, llegado el término de su vencimiento y ante el silencio previo de una o de ambas partes sobre su ampliación o terminación, el plazo contractual se extiende, generalmente, por un período igual al inicial, sin que sea necesario realizar ningún acto o formalidad. El efecto de la prórroga automática es que la vigencia del contrato se mantenga en las mismas condiciones pactadas inicialmente, sin perjuicio de que, al momento de fijar esta cláusula, acuerden la variación de algún aspecto o cláusula del convenio.

PRÓRROGA AUTOMÁTICA – Decreto Ley 222 de 1983 – Prohibición

El derogado Decreto Ley 222 de 1983 prohibía de manera explícita el pacto de cláusulas que dispusieran la prórroga automática de los contratos estatales. El artículo 58, que trataba sobre los «contratos adicionales», establecía las reglas aplicables a las modificaciones de los contratos, incluyendo variaciones en cuanto a su plazo y valor; y el inciso final consagró las siguientes prohibiciones: «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».



PRÓRROGA AUTOMÁTICA – Decreto Ley 222 de 1983 – Prohibición – Finalidad

[...] el Decreto Ley 222 de 1983 proscribió modificar el objeto del contrato, prorrogar su plazo una vez vencido o que las partes pactaran prórrogas automáticas. En vigencia de esta norma, el Consejo de Estado consideró que el fundamento de la última prohibición era la garantía de los principios de libre concurrencia, igualdad, imparcialidad, transparencia y prevalencia del interés general sobre el particular, y que, salvo que la ley lo autorizara de manera expresa, la Administración no podía acudir a estas cláusulas.

PRÓRROGA AUTOMÁTICA – Prohibición – Postura mayoritaria – Consejo de Estado

La Ley 80 de 1993 no reguló ningún aspecto de las prórrogas automáticas, como lo hizo el Decreto 222 de 1983, de manera que no las prohibió, ni las permitió explícitamente. A pesar del silencio que guardó la Ley 80 de 1993 sobre este aspecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado siguió considerando que el ordenamiento jurídico colombiano proscribía la estipulación de cláusulas de prórrogas automáticas de los contratos estatales, esto es, se siguió el derrotero trazado por el precedente citado. Así, en una sentencia del 26 de febrero de 2015, la Subsección A de la Sección Tercera anuló una cláusula de prórroga automática de un contrato de arrendamiento, al considerar que estas estipulaciones violan la ley, inclusive en vigencia de la Ley 80 de 1993.

PRÓRROGA AUTOMÁTICA – Ley 80 de 1993 – Procedencia – Límites

[...] son muchos los cuestionamientos que proceden frente a la prohibición general y plana de pactar prórrogas automáticas en los contratos estatales; por ahora, basta indicar que si en ciertos casos es razonable y conveniente pactarlas, ello lo permite la autonomía de la voluntad y no existe una prohibición específica que limite esa actuación, ¿cómo sostener que no es posible pactar prórrogas automáticas? Se reitera la conclusión, el principio es que sí pueden pactarse ese tipo de prórrogas; sin embargo, su legalidad puede desvirtuarse en el caso concreto, dependiendo de las circunstancias, y en atención a la posible vulneración de principios de la contratación pública o por la existencia de una desviación de poder, o por desconocerse una prohibición, regla o limitación concreta que incida en esta posibilidad, pero ello solo se constatará en un análisis específico de cada caso en concreto.

[...]

La Ley 80 de 1993 no prohíbe pactar cláusulas de prórrogas automáticas en los contratos estatales, como sí lo hacía el Decreto Ley 222 de 1983; sin embargo, para determinar, frente al caso concreto, si es legal pactar esta cláusula se deben atender las restricciones, requisitos o limitaciones contenidas en el EGCAP, en particular: en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, sobre la prohibición de adicionar contratos en más del 50% el valor inicial expresado en salarios mínimos; el deber de adelantar procesos de selección en los términos del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y el deber de



contar con disponibilidad presupuestal y el cumplimiento de los requisitos que consagra la Ley Orgánica del Presupuesto para comprometer vigencias futuras, al igual que el cumplimiento de los demás requisitos derivados del EGCAP.



Bogotá D.C., 25/03/2020 Hora 10:31:18s

N° Radicado: 2202013000002162

Señora
Laura Cepeda Emiliani
Ciudad

Concepto C – 062 de 2020

Temas: MODIFICACION DEL CONTRATO – Adición, prórroga y Renovación – Diferencias / PRÓRROGA DE LOS CONTRATOS ESTATALES – Procedencia – Autonomía de la voluntad / PRÓRROGA AUTOMÁTICA – Concepto / PRÓRROGAS AUTOMÁTICAS – Decreto Ley 222 de 1983 – Prohibición – Finalidad / PRÓRROGAS AUTOMÁTICAS – Prohibición – Postura mayoritaria del Consejo de Estado / PRÓRROGAS AUTOMÁTICAS – Ley 80 de 1993 – Procedencia – límites

Radicación: Respuesta a consulta # 4202013000000350

Estimada señora Cepeda,

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 20 de enero del 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, en los siguientes términos:

1. Problema planteado

Usted formula el siguiente interrogante, relacionado con la posibilidad de incluir cláusulas relacionadas con la prórroga automática de los contratos estatales: «[...] el DNP ha suscrito varios convenios interadministrativos para el intercambio de información, en los cuales no existe ningún tipo de erogación económica. Estos convenios son necesarios para el mejoramiento de la calidad de la información de las bases de datos que administra el DNP específicamente el Sisben. Por lo tanto, requerimos establecer si existe alguna limitación legal para pactar la prórroga automática en esta clase de convenios teniendo en cuenta la



naturaleza de este tipo de contratación, la gratuidad y el beneficio que reciben las entidades participantes».



2. Consideraciones

Para resolver el problema planteado se harán algunas reflexiones en relación con la posibilidad de prorrogar el plazo de los contratos estatales; las diferencias entre prórroga, adición y renovación; las prórrogas automáticas de los contratos estatales, donde se desarrollará la postura mayoritaria del Consejo de Estado, que prohíbe este tipo de cláusulas; y, finalmente, las prórrogas automáticas a la luz de la Ley 80 de 1993, donde se señalará, desde la perspectiva de la Agencia, la posibilidad, límites y requisitos para pactar cláusulas de prórrogas automáticas en los contratos estatales.

2.1. Posibilidad de prorrogar los contratos estatales

Antes de analizar la posibilidad de prorrogar los contratos estatales, al igual que los alcances que pueda tener tal modificación y sus requisitos, es necesario plantear algunas diferencias terminológicas en relación con conceptos que suelen confundirse o utilizarse indistintamente para referirse a actuaciones mediante las cuales se extienden o amplían los efectos de los contratos, particularmente, se desarrollarán, sucintamente, los conceptos de *prórroga, adición y renovación*.

2.1.1. Diferencias entre prórroga, adición y renovación de los contratos estatales

La confusión entre estos conceptos se debe al uso indistinto o impreciso realizado por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia. De esta manera, el artículo 45 del derogado Decreto 150 de 1976¹, al ocuparse de los contratos adicionales, estableció que las *adiciones* podían efectuarse en relación con el valor o el plazo, de manera que se desarrolló bajo un mismo concepto la posibilidad de modificar el valor o el plazo de los contratos, esto es, mediante *adiciones*.

El derogado Decreto Ley 222 de 1983 conservó la estructura de la norma anterior, al señalar, en el inciso primero del artículo 58, que: «*Las adiciones relacionadas con el valor*

¹ «Art. 45. De los contratos adicionales. Cuando por circunstancias especiales haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenidos, y no se trate de reajuste de precios previstos en este estatuto, la entidad interesada suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la mitad de la cuantía originalmente pactada más los reajustes que se hubieren efectuado. *Las adiciones relacionadas con el valor* quedarán perfeccionadas con la firma del jefe de la entidad contratante, previo registro presupuestal, adición y prórroga de las garantías otorgadas y pago de los impuestos correspondientes. *Las relacionadas con el plazo* sólo requerirán firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías».

quedarán perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. *Las relacionadas con el plazo [...]»*. De esta manera, pese a que esta disposición en algunos de sus incisos utiliza el concepto prórroga, no contiene una distinción clara entre las adiciones y las prórrogas, en vista de que mediante las *adiciones* puede modificarse tanto el plazo como el valor de los contratos.



La Ley 80 de 1993 no se refirió específicamente, y en general —aplicable a la generalidad de los contratos estatales—, a la posibilidad de modificar el plazo de los contratos estatales o a la fijación de límites o condiciones de procedencia, como se hizo en los anteriores estatutos de contratación; no obstante, en el inciso segundo del párrafo del artículo 40 estableció límites a la *adición* de los contratos estatales, indicando que «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales»².

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

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

² Lo anterior sin desconocer: i) que la Ley 80 de 1993 en el artículo 36 y 37 estableció la posibilidad de prorrogar el término de duración de las concesiones para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, al igual que en relación con la concesión de servicios postales; y ii) dicha ley utiliza en varios lugares el concepto prórroga como la posibilidad de ampliar ciertos plazos, referidos a determinadas etapas de la etapa precontractual —arts. 30.4, 30.5 y 30.9—.

de la misma clase». Como se observa, la renovación consiste en hacer algo de nuevo, de manera que, en principio consistiría en la celebración de un nuevo contrato en condiciones idénticas o similares a un contrato anterior.



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

El derecho a la *renovación* del contrato para el comerciante que haya ocupado el inmueble con un mismo establecimiento mercantil por lapso no inferior a dos años consecutivos, derecho este respecto del cual, precisó la Corte en sentencia de su sala Plena proferida el 20 de noviembre de 1971, que no ha de confundirse con la prórroga del contrato, pues *el renovado es uno nuevo, que puede acordarse o celebrarse con sujeción a las circunstancias especialmente en cuanto a precio y utilización de la cosa arrendada*³. (Cursiva fuera de texto)

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

[...] la norma lo que autoriza es la *prórroga* del contrato de interventoría, cuando simplemente debió decir *adición*, porque en sentido jurídico-técnico aquella supone la reproducción de las obligaciones del contrato inicial para un nuevo plazo —como acontece con el contrato de arrendamiento o el laboral—, mientras

³ En igual sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. En Sentencia del 30 de agosto de 2011, M.P. William Namén Vargas. Rad. 1999-01957: «La renovación no se confunde con la prórroga del contrato, 'el renovado es uno nuevo' (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 20 de noviembre de 1971, CXXXVIII, 482 y ss; cas. civ. sentencias de 24 de septiembre de 1985 CLXXX, 431; 31 de octubre de 1994, exp. 3868; 7 de julio de 1998, rad. 10825; 8 de octubre de 1997, exp. 4818; 27 de julio de 2001, exp. 5860; 24 de septiembre de 2001, exp. 5876, 14 de abril de 2008, 2001 00082 01), y el prorrogado el mismo. La prórroga mantiene idéntico el contrato, no se presenta más sino por acuerdo anterior al vencimiento del plazo y lo continúa en las condiciones primarias por un período igual (artículos 218 [1], 520, 829, 1425 [“prorrogado por un período igual”], 1510, 1685, 1686, 1712, 1891C. de Co)». (corchetes y paréntesis propios del original).



que la adición supone agregar obligaciones al contrato principal —de las mismas pactadas o de otras distintas—, con o sin un nuevo plazo para su ejecución⁴.



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

En sentido similar a lo expuesto, DÁVILA VINUEZA vincula la prórroga con el incremento del plazo y señala que no necesariamente implica un aumento en el valor del contrato, aunque podría hacerlo. En este sentido, afirma: «Por medio de la prórroga el plazo de cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato se desplaza en el tiempo. Pero no implica aumento de valor ya que el objeto contratado no se altera. Cosa diferente es que el aumento del plazo por razones no imputables al contratista en muchas ocasiones genera un mayor costo que debe ser reconocido, siendo, entonces, el mayor plazo la causa del mayor valor. Este deberá ser aceptado para mantener a salvo la ecuación financiera del contrato»⁵.

Como conclusión de lo anterior, la prórroga de los contratos consiste en la ampliación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones (en los plazos suspensivos) o la reproducción de las obligaciones del contrato durante un nuevo plazo (en los plazos extintivos).

2.1.2. Posibilidad de prorrogar el plazo de los contratos estatales

Al igual que sucede con la fijación del plazo inicial, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —EGCAP— no señaló criterios aplicables a la generalidad de los contratos, bajo los cuales se limiten o se establezcan criterios detallados para determinar este aspecto del contrato; sin desconocer que algunas tipologías contractuales tienen límites precisos, específicamente algunos contratos de concesión.

⁴ MARÍN CORTÉS, Fabián G. El precio. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Medellín: Librería jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA—, 2012. p. 227 y 228.

⁵ DÁVILA VINUEZA. Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. 2ª ed. Bogotá: Legis, 2003.



La Ley 80 de 1993 no se refirió a la posibilidad de prorrogar los contratos estatales, al igual que tampoco lo prohibió. En vista de ello, es necesario partir de las remisiones que hace la Ley 80 de 1993 al derecho privado y al principio de la autonomía de la voluntad para llenar este aspecto —arts. 13, 32 y 40⁶—. De esta manera, los particulares tienen amplia libertad para prorrogar el plazo de cualquier contrato y, salvo ciertas disposiciones específicas de algunas tipologías contractuales, no existen criterios que determinen límites a esta posibilidad ni a su alcance, de manera que el principio de la autonomía de la voluntad en este aspecto despliega ampliamente sus efectos, lo que a su vez es trasladable, como principio, a los contratos estatales⁷.



La idea de que los plazos de los contratos estatales pueden prorrogarse es sostenida, pacíficamente, por la jurisprudencia y la doctrina. A modo de ejemplo, el Consejo de Estado, en Sentencia del 24 de agosto de 2005, señala que dicha posibilidad se debe a que el plazo es un elemento accidental de los contratos estatales, por lo que existe gran amplitud en su delimitación por las partes, lo que se transfiere a la posibilidad de modificarlo por voluntad de las partes. Allí se indica:

Por otra parte, la prórroga del plazo de los contratos tiene el sustento jurídico de que el plazo no constituye un elemento de la esencia de los contratos a que alude el artículo 1501 del Código Civil y, por tanto, se puede modificar por acuerdo de las partes, pues no es una de ‘... aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente’. Tampoco es un elemento de la naturaleza del contrato, esto es el que no siendo esencial en él, se entiende pertenecerle sin la necesidad de una cláusula especial, dado que si no se pacta, no existe norma legal que lo establezca. El plazo es, por tanto, un

⁶ «Art. 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley».

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

«Art. 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

»Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

»En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración».

⁷ Lo anterior, sin desconocer la existencia de reglas que inciden en esta posibilidad, y que en el fondo podrían limitarla, como sería normas de orden presupuestal.

elemento accidental del contrato en razón a que, en los términos del mismo artículo, ni esencial ni naturalmente le pertenece a éste, y se le agrega por medio de cláusulas especiales, es decir que no es necesario para la formación del acto ni se sobreentiende como integrante de él. *De consiguiente, no siendo el plazo un elemento de la esencia del contrato sino meramente accidental, se puede modificar por acuerdo de las partes, pues éstas lo establecen en el respectivo contrato.*⁸ (Cursiva fuera de texto).



Se comparten las consideraciones anteriores, pese a que sea discutible si el plazo es un elemento de la naturaleza o accidental de los contratos estatales —y si la respuesta sea igual para todos ellos—, ya que aunque sea de la naturaleza, no obsta para que las partes cuenten con la misma amplitud de posibilidades en su determinación, ya que lo propio de los elementos de la naturaleza es que se incorporan al contrato pese el silencio de las partes; sin embargo, en principio no restringen la configuración de dichos elementos por parte de ellas.

De esta manera, la determinación del plazo solo se restringe a que sea conveniente para el «interés general», dada las finalidades de la contratación pública, lo que obedecerá a principios de buena administración y de los negocios, que tampoco son ajenos al derecho privado, al trascender las divisiones entre contratos privados o públicos, lo que determinarán las partes atendiendo a las circunstancias concretas.

Establecido que los contratos estatales son susceptibles de prórroga, adicionalmente debe destacarse que la ley no fijó criterios para determinar el alcance de la ampliación del plazo, de manera que, en principio, sucede lo mismo que con la configuración del plazo inicial, el cual solo se restringe a que sea «razonable». Adicionalmente, es posible que un mismo contrato presente diferentes prórrogas, atendiendo igualmente a que sean convenientes y razonables en su determinación.

Ahora bien, para suscribir las prórrogas deben tenerse en cuenta otros requisitos adicionales que no afectan la existencia del acuerdo, pero que constituyen obligaciones que deben cumplirse en los contratos estatales; omisiones que podrían incidir en la responsabilidad disciplinaria, fiscal o penal de los funcionarios encargados.

La Ley 80 de 1993, a diferencia del Decreto 222 de 1983⁹, no especificó este aspecto; no obstante, de algunos lugares del EGCAP y de otras normas se deducen varias

⁸ Consejo de Estado. Sección Quinta. sentencia del 24 de agosto de 2005. exp. 3171A. C.P. Darío Quiñones Pinilla.

⁹ «Art. 58 Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. Las relacionadas con el plazo sólo requerirán la 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».



obligaciones, que coinciden, en general, con lo señalado en el estatuto anterior. Estos requisitos adicionales varían dependiendo de si la prórroga implica aumentar el valor del contrato o si solamente afecta el plazo.



En el primer caso serán necesarios los siguientes requisitos: i) debe contarse, previo a la suscripción de la prórroga, con el respectivo Certificado de Disponibilidad Presupuestal y el Registro Presupuestal, para su ejecución, de igual manera, debe contarse con las respectivas vigencias futuras en caso de que la prórroga implique afectar el presupuesto de otras vigencias¹⁰. ii) Debe ampliarse la vigencia de las garantías, al igual que su valor. iii) El documento contentivo de la prórroga debe publicarse en el SECOP.

Si la prórroga no aumenta el valor del contrato, no es necesario contar con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal, ni el Registro Presupuestal, ya que una modificación de ese tipo no afecta el presupuesto del contrato; no obstante, es posible que la prórroga haga que la ejecución del contrato pase de una vigencia fiscal a otra, lo que generaría efectos de índole presupuestal. En este caso no debe actualizarse el valor de la garantía; sin embargo, sí debe ampliarse su vigencia, de acuerdo al nuevo término de duración del contrato. En este supuesto, al igual que en el anterior, el documento contentivo de la prórroga debe publicarse en el SECOP.

Finalmente, se reitera que estos *requisitos adicionales* no afectan la existencia de la prórroga; no obstante, son obligaciones que la entidad debe cumplir en el trámite de los procesos contractuales. Concluido lo anterior, se analizará la posibilidad de pactar prórrogas automáticas en los contratos estatales.

2.2. Prórrogas automáticas de los contratos estatales

La prórroga automática de un contrato es la estipulación en virtud de la cual las partes convienen que, llegado el término de su vencimiento y ante el silencio previo de una o de ambas partes sobre su ampliación o terminación, el plazo contractual se extiende, generalmente, por un período igual al inicial, sin que sea necesario realizar ningún acto o formalidad. El efecto de la prórroga automática es que la vigencia del contrato se mantenga en las mismas condiciones pactadas inicialmente, sin perjuicio de que, al momento de fijar esta cláusula, acuerden la variación de algún aspecto o cláusula del convenio.

2.2.1. Postura mayoritaria del Consejo de Estado

¹⁰ Sin perjuicio de lo que se señalará frente a la procedencia de las prórrogas automáticas y el momento en que debe contarse con las disponibilidades presupuestales en dichos eventos.

El derogado Decreto Ley 222 de 1983 prohibía de manera explícita el pacto de cláusulas que dispusieran la prórroga automática de los contratos estatales. El artículo 58, que trataba sobre los «contratos adicionales», establecía las reglas aplicables a la modificación de los contratos, incluyendo variaciones en cuanto a su plazo y valor; y el inciso final consagró las siguientes prohibiciones:



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.

Como se observa, el Decreto Ley 222 de 1983 proscribió modificar el objeto del contrato, prorrogar su plazo una vez vencido o que las partes pactaran prórrogas automáticas. En vigencia de esta norma, el Consejo de Estado consideró que el fundamento de la última prohibición era la garantía de los principios de libre concurrencia, igualdad, imparcialidad, transparencia y prevalencia del interés general sobre el particular, y que, salvo que la ley lo autorizara de manera expresa, la Administración no podía acudir a estas cláusulas:

Oportuno resulta señalar que la mencionada prohibición legal, encaminada a evitar que las partes de los contratos de derecho público pudieran convenir estipulaciones para evitar que sus contratos terminen y lograr así perpetuarlos en el tiempo, encuentra claro y evidente fundamento tanto en el principio democrático de libre concurrencia, como en los principios generales de igualdad, de imparcialidad, de prevalencia del interés general y de transparencia, entre otros, con arreglo a los cuales debe adelantarse toda actuación de índole contractual, en virtud de los cuales se debe permitir y garantizar, a toda persona que cumpla los requisitos establecidos para el efecto en las normas vigentes, la posibilidad cierta, efectiva y real de poder presentar sus ofertas ante las entidades públicas por manera que, en cuanto dichas propuestas consulten adecuadamente el interés general que esas entidades están en el deber de satisfacer y objetivamente sean las más favorables, también podrán acceder a la contratación correspondiente¹¹.

El Consejo de Estado, pese a reconocer que actualmente no existe una prohibición expresa de pactar prórrogas automáticas, consideró que la finalidad que tenía la disposición anterior se mantiene en vigencia de la Ley 80 de 1993, al desprenderse de los principios que guían la actividad contractual, tales como la libre concurrencia, la igualdad y la transparencia, al igual que de algunas disposiciones constitucionales, derivando de allí la

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Exp. 15.239. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

existencia material de la prohibición. En este sentido, la sentencia del 4 de diciembre de 2006 indicó:



La Sala considera propicia la oportunidad para puntualizar que los aludidos principios generales de libre concurrencia, igualdad, imparcialidad, prevalencia del interés general y transparencia, con arreglo a los cuales, entre otros, deben adelantarse y cumplirse todas las actuaciones contractuales de las entidades estatales –algunos de los cuales, incluso, se encuentran consignados positivamente en normas constitucionales o legales vigentes (artículos 1, 2, 13, 209 C.P. – 24 y 25 Ley 80)-, son principios que corresponden al diseño de democracia participativa (artículo 2, C.P.), que la Carta Política adoptó para nuestro Estado Social y de Derecho (artículo 1 C.P.), por lo cual mantienen vigencia en la actualidad.

Así pues, aunque ya hubiere sido derogado el referido artículo 58 del Decretoley 222 de 1983, del contenido y alcance de los principios generales se desprende que, sin perjuicio de las particularidades que resulten del examen de cada caso concreto así como de la normatividad que debe aplicarse a cada asunto, por regla general en los contratos estatales sólo pueden estipularse válidamente prórrogas automáticas o cláusulas de exclusividad a favor de los particulares de manera excepcional, cuando para ello se cuente con expresa autorización legal, puesto que de lo contrario tales estipulaciones podrían resultar violatorias de la Constitución y de los principios que de ella emanan, así como también podrían resultar contrarias a los principios y finalidades de la Ley 80 y a los de la buena administración, todos los cuales constituyen límites expresamente señalados en el artículo 40 de la Ley 80, norma que se ocupa de regular el contenido de las cláusulas o estipulaciones que pueden incluirse en los contratos estatales¹².

Esta interpretación fue acogida por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, reiterando los argumentos de la sentencia anterior, incluso tomándolo como un tema pacífico en la jurisprudencia y la doctrina, afirmación que en realidad resulta discutible, ya que existen posturas encontradas, dependiendo de las circunstancias de cada contrato. De esta manera, en concepto del 19 de mayo de 2010 se expresó:

Con la expedición de la ley 80 de 1993, se derogó tal disposición [se refiere al artículo 58 del Decreto 222 de 1983]. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en que a partir de los principios aplicables a la contratación, tales cláusulas no pueden pactarse, salvo estipulación legal en contrario, puesto que con ellas se pueden vulnerar postulados constitucionales, como la transparencia y el derecho de todos los ciudadanos a poder contratar en condiciones de igualdad con el Estado.

[...]

¹² *Ibidem*.

De lo expuesto se puede concluir que las prórrogas automáticas no pueden pactarse en ningún contrato estatal. También, que las cláusulas de prórroga de los contratos estatales no confieren un derecho automático a un mayor plazo, sino que contienen solamente la posibilidad de que al terminarse el plazo inicial, las partes acuerden su continuación dentro de los límites que imponga la ley al momento de prorrogar. Si se entendiera que plazo inicial y prórroga se integran en uno sólo, no habría necesidad de distinguir ambas figuras.



En el caso particular de las entidades estatales, la imposibilidad de pactar cláusulas de prórroga automática, significa además que la Administración conserva en todo caso la potestad de analizar su conveniencia al momento de vencerse el plazo inicial y, por ende, de abstenerse de extender el plazo del contrato si así lo determina el interés general. Y más aún, que la Administración no podrá acceder a la prórroga si para el momento en que se vaya a suscribir, existe una prohibición legal para ello. (Aparte en corchetes fuera de texto)

La Ley 80 de 1993 no reguló ningún aspecto de las prórrogas automáticas, como lo hizo el Decreto 222 de 1983, de manera que no las prohibió, ni las permitió explícitamente. A pesar del silencio que guardó la Ley 80 de 1993 sobre este aspecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado siguió considerando que el ordenamiento jurídico colombiano proscribe la estipulación de cláusulas de prórrogas automáticas de los contratos estatales, esto es, se siguió el derrotero trazado por el precedente citado. Así, en una sentencia del 26 de febrero de 2015, la Subsección A de la Sección Tercera anuló una cláusula de prórroga automática de un contrato de arrendamiento, al considerar que estas estipulaciones violan la ley, inclusive en vigencia de la Ley 80 de 1993:

Como se observa, el término de duración del contrato quedó sujeto a la circunstancia de que antes no se hubiere configurado su «prórroga automática» por el silencio de ambas partes, lo cual, sea en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 o en vigencia de la Ley 80 de 1993, resulta abiertamente ilegal, en el primer evento, en virtud de la prohibición expresa de que trata el artículo 58 de la norma, en el segundo, por cuanto, además de que en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública no existe norma alguna que autorice pactar prórrogas automáticas que favorezcan a un determinado contratista, resulta violatorio de los principios generales de libre concurrencia, de igualdad, de imparcialidad, de prevalencia del interés general y de transparencia que rigen todas las actuaciones contractuales de las entidades estatales, principios que se encuentran consignados positivamente tanto en la Constitución Política de 1991-artículos 1, 2, 13, 209-como en la Ley 80 de 1993-artículos 24 y 25-¹³.

¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 26 de febrero de 2015. Exp. 30.834. C.P. Hernán Andrade Rincón.

El criterio sobre la imposibilidad de pactar prórrogas automáticas en los contratos estatales se convirtió en un lugar común en la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien sostiene en distintas sentencias y conceptos la ilegalidad de incluir estas cláusulas en los contratos estatales:



En este orden de ideas, no puede bajo ninguna consideración afirmarse que el contrato fue renovado. Y tampoco que, como erradamente lo afirma el actor, este fue prorrogado automáticamente pues, además de que no hubo acuerdo escrito para prorrogar el contrato, las prórrogas automáticas en los contratos estatales están proscritas en el ordenamiento jurídico colombiano¹⁴.

Conforme lo expuesto, la jurisprudencia mayoritaria del Consejo de Estado considera que las prórrogas automáticas son contrarias al ordenamiento jurídico y a los principios de la contratación estatal. Para la jurisprudencia es necesario que exista una norma particular que autorice a la Administración para pactar estas cláusulas. No obstante lo anterior, se considera que dicha postura no resulta armónica con la filosofía iusprivatista adoptada por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues la legalidad de la cláusula de prórrogas automáticas no puede fundamentarse en el hecho de que no exista una norma que autorice esta cláusula, sino por la existencia de normas que la prohíban o restrinjan, directa o indirectamente, pues el principio es la permisón, tal como sucede en el régimen aplicable a los contratos celebrados entre particulares. Esta última perspectiva para a explicarse.

2.2.2. Las prórrogas automáticas a la luz de la Ley 80 de 1993

En primer lugar, es necesario expresar que la postura mayoritaria del Consejo de Estado desarrollada en el numeral anterior se comenzó a construir a partir del primer pronunciamiento citado en el aparte previo, donde dichas consideraciones constituyeron un *obiter dictum*, pues el régimen aplicable al contrato que originó la controversia y, por tanto, el aplicable para resolver el caso concreto era el Decreto Ley 222 de 1983, de manera que el análisis respecto a las prórrogas automáticas bajo la Ley 80 de 1993, no influía forma como se resolvería dicha controversia. En tal sentido, dichas consideraciones, que luego se replicaron en otras sentencias del Consejo de Estado, fueron formuladas en términos abstractos, sin tenerse en cuenta que el análisis sobre la posibilidad de pactar este tipo de cláusulas debe hacerse, como se indicó en dicha providencia, atendiendo a las «particularidades que resulten del examen de cada caso concreto».

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 26 de noviembre de 2015. Exp. 32.957. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

En tal sentido, se considera que la postura difundida y reiterada —que es la actualmente mayoritaria, circunstancia que no se desconoce en este concepto— parte de un enfoque que no se compadece de la regulación que contiene el EGCAP y de la necesaria



armonización con las normas de derecho privado a que remite aquel, máxime cuando el inciso segundo del artículo 40 establece que: «Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales». En tal sentido, es indiscutible que los particulares pueden, con amplia libertad, establecer prórrogas automáticas en sus contratos. En tal sentido, si los particulares pueden hacerlo en virtud de la autonomía de la voluntad, se tiene que *en principio* las entidades estatales también pueden hacerlo, ya que a ellas se les facultó para celebrar los acuerdos que permita la autonomía de la voluntad. Se señala que, en principio, ya que debe analizarse si en otras normas de derecho público se establece una prohibición a dicha actuación. En vista de que actualmente no existe una prohibición como la contenida en el Decreto 222 de 1983, debe concluirse que en principio es posible celebrar un acuerdo en tal sentido, siempre que con ello no se incurra en una prohibición directa o indirecta que limite dicha posibilidad.

Lo anterior no desconoce que los principios de la contratación estatal también juegan un papel importante en la determinación de la legalidad de la actuación de las entidades estatales; no obstante, al ser *principios*, su aplicación debe hacerse en el caso concreto, no extrayendo *reglas generales* a partir de aquellos, pues su abstracción busca acoger muchas situaciones, pero su aplicación solo se logra en el caso particular. Lo que se quiere significar es que si bien sería posible extraer algunas prohibiciones específicas que se deriven de los principios, ello solo se aplicaría a actuaciones muy groseras que los desconozcan abiertamente y que *en ningún caso* podrían realizarse, por este motivo se señala la dificultad de extraer reglas generales prohibitivas —abstractas— a partir de principios.

Así, se reitera, en vista de que los particulares pueden pactar prórrogas automáticas en los contratos y en vista de que ello no se prohíbe en el EGCAP, el principio es que las entidades estatales también pueden hacerlo y la actuación únicamente será ilegal si en el caso concreto se comprueba que se vulneraron los principios de la actividad contractual, pues se parte de que en muchas circunstancias y por múltiples razones una prórroga automática favorece los propios principios de la actividad contractual y el interés general.

En efecto, una prórroga automática puede establecerse en favor de la entidad estatal y no especialmente del contratista, atendiendo a principios de buena administración, buscando que se mantengan las condiciones en que un momento se ofertó o se llegó a un acuerdo favorable a la entidad o como una forma de incentivo para que el contratista cumpla óptimamente sus obligaciones contractuales, so pena de que el contrato deje de ejecutarse a partir de cierto periodo; incluso, dicha cláusula es de la naturaleza de algunos contratos,



bajo el régimen del derecho privado, de manera que el legislador la ha considerado relevante en cierto tipo de negocios jurídicos. De esta manera, es posible que una prórroga automática atienda a principios de buena administración y gestión, sin que necesariamente se busque favorecer indebidamente a determinado contratista, casos en que sí sería prohibido por el ordenamiento, si con él se incurre en una desviación de poder, o que con dicho pacto se pretendan vulnerar los procedimientos de selección, casos donde la cláusula resultaría ilegal.



Adicionalmente, el sentido de una prohibición general de impedir prórrogas automáticas pierde su sentido en los casos en que se permite la contratación directa, es decir, donde no hay que efectuar un procedimiento de selección abierto, sino que el legislador facultó a las entidades para celebrarlos directamente, como acontece en los contratos interadministrativos o en otros supuestos donde se permite esta forma de contratación, es decir, donde existe libertad para seleccionar al contratista. En tal caso, ¿cómo es posible sustentar la prohibición?, ya que la prohibición se debería acreditar en cada caso concreto, en el contexto de cada cláusula y de cada contrato, soportando cómo se vulneran, en particular, los principios a partir de los cuales se fundamentó esta prohibición general, esto es, libre competencia, igualdad, imparcialidad, prevalencia del interés general o transparencia, pues en abstracto existen contratos donde una cláusula de esta naturaleza no los desconoce o vulnera.

Cuestionamientos similares se podrían realizar frente a la postura del Consejo de Estado, incluso con la vulneración de principios como la competencia y la igualdad, si en el procedimiento de selección los oferentes tuvieron la misma posibilidad de participar y ser adjudicatarios de un contrato que, desde su estructuración inicial contenía la cláusula de prórroga automática, ¿cómo señalar que no tuvieron las mismas oportunidades? Incluso, si el fundamento de la prohibición general es impedir que un contratista se perpetúe ejecutando un contrato, que sería más lesivo ¿pactar que un contrato se ejecutará por uno, dos o tres años —plazo que es posible incluir en un contrato estatal— o establecer que un contrato tendrá un plazo de ejecución de seis meses y que se podrá prorrogar automáticamente por solo un periodo adicional igual o inferior que el inicial? En ambos casos, la estructuración del negocio jurídico se podría utilizar desconociendo principios y reglas de los contratos estatales; pero será por el desconocimiento de dichas disposiciones que en cada caso en particular el contrato podrá estar viciado de nulidad.

En fin, son muchos los cuestionamientos que proceden frente a la prohibición general y plana de pactar prórrogas automáticas en los contratos estatales; por ahora, basta indicar que si en ciertos casos es razonable y conveniente pactarlas, ello lo permite la autonomía de la voluntad y no existe una prohibición específica que limite esa actuación, ¿cómo sostener que no es posible pactar prórrogas automáticas? Se reitera la conclusión, el principio es que sí pueden pactarse ese tipo de prórrogas; sin embargo, su legalidad



puede desvirtuarse *en el caso concreto*, dependiendo de las circunstancias, y en atención a la posible vulneración de principios de la contratación pública o por la existencia de una desviación de poder, o por desconocerse una prohibición, regla o limitación concreta que incida en esta posibilidad, pero ello solo se constatará en un análisis específico de cada caso en concreto.



Retomando la fundamentación frente a la posibilidad de pactar prórrogas automáticas, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993¹⁵, que trata sobre la normativa aplicable a los contratos estatales, determina que los contratos que celebren las entidades a las que se les aplica el estatuto se «regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley». Seguidamente, el artículo 32¹⁶ define los contratos estatales como los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales previstos en el derecho privado o derivados de la autonomía de la voluntad. Y el artículo 40¹⁷, sobre el contenido del contrato, prescribe que las estipulaciones de los contratos estatales serán aquellas que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las prevista en dicha ley correspondan a su esencia y naturaleza; además, que en dichos contratos se podrán pactar las cláusulas que permitan la autonomía de la voluntad y se requieran para el cumplimiento de los fines estatales, y que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público, a los principios y finalidades de dicha ley y a los de buena administración.

A partir de una lectura y una hermenéutica conjunta de estas normas cualquier análisis sobre posibilidades o facultades de la Administración en materia de contratación

¹⁵ «Art. 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley».

¹⁶ Ley 80 de 1993. «Art. 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación» [...].

¹⁷ Ley 80 de 1993. «Art. 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

»Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

»En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

»En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley».

estatal debe partir, en principio, de la lógica del derecho privado para luego determinar si en el derecho público existen restricciones o limitaciones frente a dichas actuaciones. Así las cosas, frente a la legalidad de las cláusulas de prórrogas automáticas en los contratos estatales el análisis debe iniciar por preguntarse si está prohibido por las normas del derecho público, cuestión que ha de resolverse de forma negativa, pues ni la Ley 80 de 1993 ni la Ley 1150 de 2007 y las normas complementarias prohíben estas cláusulas, las cuales son válidas a la luz del ordenamiento civil y comercial.



Entonces, a partir del enfoque *iusprivatista* de la contratación estatal que se perfiló claramente en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, en principio, las cláusulas de prórrogas automáticas serían válidas porque: i) el EGCAP vigente no las prohíbe de forma expresa, como sí lo hacía el anterior estatuto y ii) el ordenamiento civil y comercial las permiten. Este es el análisis del cual debe partir cualquier cuestión que indague por las facultades de la Administración en su gestión contractual¹⁸; no obstante, también debe analizarse si su pacto podría desconocer otros límites o restricciones que sí consagra la Ley 80 de 1993.

Establecido que, en principio, las prórrogas automáticas en los contratos estatales no están prohibidas por la ley, son válidas a la luz del derecho privado, y que, por tanto, se entienden permitidas, se analizarán cuáles son las prohibiciones contempladas en el EGCAP, que inciden en que este tipo de cláusulas no se puedan pactar en algunos casos específicos.

Una primera restricción se encuentra en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que a pesar de no prohibir las prórrogas automáticas impuso un límite a la adición del contrato estatal, al determinar en su parágrafo que: «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales».

Así, a la luz del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y la prohibición relativa a la adición del valor del contrato, la prórroga automática encontraría su primera limitante, esto es, no podría prorrogarse el contrato, incluso automáticamente, cuando ello incida en que su valor supere el tope establecido en dicha disposición.

La segunda restricción que encuentra la prórroga automática es el deber de selección o escogencia del contratista que consagra el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, es decir, la Administración no podría, a través del pacto de cláusulas de prórrogas automáticas, desconocer o evadir el deber de adelantar el proceso de selección

¹⁸ La Subdirección de Gestión Contractual realizó este mismo razonamiento en el Concepto el 11 de diciembre de 2012, Rad. 4201912000006904, en el que se analizó la posibilidad de la Administración para solicitar marcas en los procesos de selección.



correspondiente. En este sentido, si dadas las características del objeto a contratar o su cuantía, la Administración debe adelantar una licitación pública u otro proceso de selección, debe considerar en su elección si pactar una cláusula de prórroga automática podría afectar las reglas establecidas en el artículo 2 *ibídem*, y de paso transgredir los principios de selección objetiva, libre concurrencia, transparencia e igualdad. Por ejemplo, en el supuesto de si aplicada la prórroga automática, el contrato en su conjunto en realidad debía adelantarse, por su monto, por ejemplo, por la modalidad de selección de licitación pública y no de selección abreviada.



Finalmente, las prórrogas automáticas, dependiendo del caso concreto, podrían desconocer normas presupuestales, particularmente, el régimen jurídico de la disponibilidad presupuestal y del registro, reserva o compromiso presupuestal contenido en la Ley 80 de 1993 y el Decreto 111 de 1996. En efecto, el numeral 6 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, sobre el principio de economía, señala que las entidades estatales «abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales». Esta norma le exige a la Administración que todo proceso de contratación, inclusive el de contratación directa, cuente con disponibilidad presupuestal, dependiendo de la contraprestación que tenga la entidad, con el objeto de asegurar que las entidades pueden asumir y pagar las obligaciones que asumen; y para los contratistas es la garantía de que existen los recursos para cumplirles con la contraprestación. En otras palabras, la Administración no puede iniciar un proceso de selección sin disponibilidad presupuestal que cubra todo el valor del contrato y, para el caso de las prórrogas automáticas, dicho valor debe cubrir el que resulte inherente a la prórroga automática, de manera que este deber legal podría desconocerse si no se cumple con el deber de contar con la disponibilidad presupuestal desde el inicio del proceso de contratación, que debe incluir el valor que resulte de materializarse la prórroga, por tenerse contemplada esta posibilidad desde el contrato inicial.

El numeral 13 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 establece que «las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios». Esta norma se refiere al registro o reserva presupuestal, el cual se constituye como la garantía de las apropiaciones sobre el contrato en particular y consiste en la «operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación, garantizando que ésta no será desviada a ningún otro fin», a la luz del artículo 20 del Decreto 568 de 1996.

El inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 establece que «para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con

recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto». La norma revela que los recursos con los que se pretende satisfacer las obligaciones de un contrato pueden provenir de las vigencias presentes o de vigencias futuras, que implica afectar recursos de vigencias fiscales de años posteriores. No obstante, el compromiso de vigencias futuras exige el cumplimiento de una serie de requisitos contenidos en el Estatuto Orgánico de Presupuesto: Decreto 111 de 1996, Decreto 115 de 1996, Ley 819 de 2003 y Ley 1483 de 2011.



Así las cosas, si bien las prórrogas automáticas de los contratos estatales no están expresamente prohibidas por la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, en la práctica, su estipulación tendría necesariamente que atender las limitaciones y restricciones aquí expuestas, además de las que sean inherentes a cada caso en particular: i) la imposibilidad de adicionar el contrato estatal por valor superior al 50%, ii) la imposibilidad de evadir los procesos de selección, según corresponda y iii) la imposibilidad de adelantar un proceso de contratación sin contar con las disponibilidades presupuestales suficientes o comprometer vigencias futuras sin el cumplimiento de los requisitos del Estatuto Orgánico de Presupuesto.

3. Respuesta

«[E]l DNP ha suscrito varios convenios interadministrativos para el intercambio de información, en los cuales no existe ningún tipo de erogación económica. Estos convenios son necesarios para el mejoramiento de la calidad de la información de las bases de datos que administra el DNP específicamente el Sisben. Por lo tanto, requerimos establecer si existe alguna limitación legal para pactar la prórroga automática en esta clase de convenios teniendo en cuenta la naturaleza de este tipo de contratación, la gratuidad y el beneficio que reciben las entidades participantes».

La Ley 80 de 1993 no prohíbe pactar cláusulas de prórrogas automáticas en los contratos estatales, como sí lo hacía el Decreto Ley 222 de 1983; sin embargo, para determinar, frente al caso concreto, si es legal pactar esta cláusula se deben atender las restricciones, requisitos o limitaciones contenidas en el EGCAP, en particular: en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, sobre la prohibición de adicionar contratos en más del 50% el valor inicial expresado en salarios mínimos; el deber de adelantar procesos de selección en los términos del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y el deber de contar con disponibilidad presupuestal y el cumplimiento de los requisitos que consagra la Ley Orgánica del Presupuesto para comprometer vigencias futuras, al igual que el cumplimiento de los demás requisitos derivados del EGCAP.

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



Atentamente,

Original firmado
Fabían Gonzalo Marín Cortés

FABIÁN GONZALO MARÍN CORTÉS
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Sebastián Ramírez Grisales
Contratista
Revisó: Fabían Gonzalo Marín Cortés
Subdirector de Gestión Contractual
Aprobó: Fabían Gonzalo Marín Cortés
Subdirector de Gestión Contractual

