

MODIFICACION DE LOS CONTRATOS ESTATALES – Procedencia – Límites

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.

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

La ejecución de los contratos estatales está sujeta a los cambios propios del paso del tiempo. Así, durante la etapa de planeación, las entidades públicas estiman y determinan las prestaciones que demanda la satisfacción de la necesidad de interés colectivo que pretende satisfacer. No obstante, durante la ejecución del contrato, las partes identifican alguna de las siguientes situaciones: i) la necesidad de mayores cantidades de bienes o actividades inicialmente previstos, a lo que se le conoce como “mayores cantidades de obra”, “obras adicionales” o adición de “ítems contractuales”; y ii) la necesidad de ampliar las prestaciones contractuales, mediante la ejecución de nuevos ítems o actividades, no incluidos en el contrato inicial, para lo que en la práctica las entidades ejecutan “obras extra” o “amplían el alcance” del contrato mediante la celebración de un “contrato adicional”. [...]

No obstante, la expresión “contrato adicional” al igual que las otras nociones doctrinarias y jurisprudenciales arriba señaladas entre comillas son de uso común en la práctica contractual por las entidades estatales. Lo importante en relación con las mismas, tal como se ha resaltado por esta Agencia en oportunidades anteriores, es que frente a cualquier incremento del valor inicial del contrato, que implica una adición, por cualquiera de los dos supuestos señalados previamente, e independientemente del nombre que se le dé al acuerdo, aplica el límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.: “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”

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

Dicha norma además de consagrar una prohibición trae implícita una autorización, consistente en la posibilidad de adicionar los contratos estatales, siempre que no se supere el tope establecido. La regla establecida en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 aplica a todos los contratos estatales regidos por el EGCAP, independientemente de la modalidad de selección, de la tipología contractual del negocio jurídico que se

Departamento Nacional
de Planeación - DNP**Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente**
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - ColombiaWWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

considere necesario adicionar, de si el contrato se adjudicó por lotes o grupos, o inclusive, del sistema de precios pactados.

LOTES O SEGMENTOS – Ley 2069 de 2020 – Artículo 33

[...] con la reciente expedición del Decreto 142 del de 2023 se reglamentó la disposición contenida en el numeral 6 del artículo 33 de la Ley 2069 de 2020. Con el fin de cumplir el mandato legal indicado, el artículo 2 del Decreto 0142 de 2023 modificó el artículo 2.2.1.1.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015, para instar a las entidades públicas para que, desde la configuración del Plan Anual de Adquisiciones, propendan por planear su contratación de tal manera que promueva el adelantamiento de procesos de contratación por lotes o segmentos, a fin de promover la participación de las Mipymes en los procesos de contratación. En concordancia con lo anterior, el artículo 6 del Decreto 142 de 2023, adicionó el 2.2.1.2.4.2.19 al Decreto 1082 de 2015, ratificando en el reglamento el deber de las entidades estatales de promover la división de procesos de contratación en lotes o segmentos, ya establecido de manera expresa en el numeral 6 del artículo 33 de la Ley 2069 de 2020.

LOTES O SEGMENTOS – Decreto 142 de 2023 – Artículo – 2.2.1.2.4.2.19

[...] el primer inciso de la norma establece los criterios que pueden tener en cuenta las entidades públicas para dividir los procesos por lotes o segmentos como lo son: i) el tipo de entregable, ii) el valor del contrato y (iii) el ámbito geográfico de la entrega. Estos criterios se disponen, con el fin de facilitar la participación de las Mipymes en los procesos de contratación. Asimismo, la norma señala que, para dar cumplimiento a lo indicado, las entidades estatales deberán tener en cuenta el análisis del sector económico y de los oferentes en los términos establecidos en el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015.

Por su parte, el cuarto inciso de la disposición, habilita a las entidades públicas para que incluyan en los pliegos de condiciones mecanismos y reglas que limiten el número de lotes que pueden ser adjudicados a un mismo oferente. En relación con este aspecto, se considera que, como la norma no determina que los mecanismos y reglas que pueden establecer las entidades para limitar el número de lotes a adjudicarse a un mismo oferente, solo proceda respecto de los lotes o segmentos de un mismo proceso de contratación, la restricción puede incluirse en relación con todos los lotes o segmentos de los diferentes procesos de selección que adelante la entidad estatal.

[...]

[...]le corresponde a la entidad estatal en ejercicio de su autonomía y discrecionalidad que le confiere el artículo 2.2.1.2.4.2.19 del Decreto 1082 de 2015, determinar en los pliegos de condiciones para los procesos estructurados por lotes o segmentos, si un proponente puede resultar adjudicatario en uno o varios de los lotes o segmentos en los que se dividen los distintos procesos de contratación que se encuentra adelantando. Esto supone la posibilidad de que la entidad estatal establezca en el pliego de condiciones reglas y/o causales de rechazo, dirigidas a excluir garantizar a evitar que se concentre la contratación en un único proponente. Además, el inciso en comento establece que, la decisión de la



entidad de no adjudicar un contrato puede obedecer –entre otras razones– a que:

- i) mediante este mecanismo se pueda restringir la competencia o ii) que la segmentación del mercado pueda conducir a que la ejecución del contrato sea imposible desde el punto de vista técnico o económico.

LOTES O SEGMENTOS – Adición se calcula sobre valor del contrato

[...] es pertinente advertir que, dentro de las disposiciones legales y reglamentarias que se refieren a los procesos de contratación en lotes o segmentos, no se regula de manera expresa la aplicación de la restricción establecida en el segundo inciso del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, de acuerdo con alcance de tal restricción explicado en el acápite anterior, esta también debe aplicarse a los contratos que emanan de este tipo de procesos, en la medida que dicha disposición no establece ninguna excepción o exclusión que les sea aplicable a los procesos de contratación segmentados. [...]

[...] Si bien la normativa específica de los procesos adelantados en lotes no lo regula, resulta apenas lógico que, tras la selección de los adjudicatarios la entidad estatal suscriba un contrato estatal diferente con cada uno de ellos, en la medida que cada segmento tiene condiciones de cumplimiento distintas, lo que supone negocios jurídicos distintos con contratistas independientes entre sí. Es por esto por lo que, en principio, la restricción del segundo inciso del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, no debe ser aplicada respecto del valor total del proceso de contratación segmentado, sino sobre el valor de los contratos que surgen del proceso, debiéndose aplicar de manera autónoma a cada uno de ellos.

Sin perjuicio de lo anterior, en supuestos en los que se haya adjudicado más de un lote a un mismo proponente dentro un mismo proceso de contratación, ante la ausencia de disposición legal o reglamentaria que lo establezca, corresponde a la entidad estatal determinar si suscribe varios o único contrato con el adjudicatario, para lo que se considera recomendable incluir reglas en pliego de condiciones que lo determinen. De optarse por la suscripción de un único contrato, el valor de este será el referente para la aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

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



Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20240125000612
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 25/01/2024 17:20:25



Señora
Astrid Lorena Bernal Rincón
Ciudad

Concepto C – 471 de 2023

Temas: MODIFICACION DE LOS CONTRATOS ESTATALES - Procedencia – Límites / ADICIÓN - Concepto - Distintos supuestos - Prohibición - Adición en más del 50% / ADICIÓN - Prohibición - Monto - Cálculo - Parágrafo artículo 40 - Ley 80 de 1993 / **LOTES O SEGMENTOS – Ley 2069 de 2020 – Artículo 33 / LOTES O SEGMENTOS – Decreto 142 de 2023 – Artículo – 2.2.1.2.4.2.19. / LOTES O SEGMENTOS – Adición se calcula sobre valor del contrato**

Radicación: Respuesta a consulta No. P20231221017844

Estimada señora Bernal:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta recibida el 21 de diciembre de 2023.

1. Problema planteado

Usted, en lo relacionado con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, realiza la siguiente consulta:

“[¿]Cuando el contrato estatal se adjudica por grupos a un mismo contratista, estableciendo diferente valor para ejecución de cada lote o



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

grupo; a la luz de los principios de planeación y transparencia de que trata la contratación pública, la limitación de que trata la norma anterior aplica por el valor total del contrato? o [¿] por el valor del presupuesto adjudicado para cada grupo?" [Sic].

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5 y 11, numeral 8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos concretos 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 de la contratación estatal. 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 pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias ni brindar asesorías sobre casos puntuales.

En atención a lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal, luego de analizar los siguientes temas: i) las modificaciones a los contratos estatales; ii) concepto de adición en los contratos estatales y sus límites en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; y iii) aplicación del límite a las adiciones en los contratos estatales celebrados como resultado de procesos de contratación adelantados en lotes o segmentos.

La Agencia se ha pronunciado sobre las modificaciones y adiciones en los contratos estatales en los conceptos 4201912000007298 de 23 de octubre de 2019, 4201913000006294 del 16 de septiembre de 2019, así como en los conceptos C-062

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”.



del 25 de marzo de 2020, C-100 del 27 de marzo de 2020, C-318 del 28 de mayo de 2020, C-452 del 28 de julio de 2020, C-560 del 24 de agosto de 2020, C-628 del 23 de septiembre del 2020, C-750 del 21 de diciembre de 2020, C-073 de 16 de marzo de 2021, C-277 de 21 de junio de 2021, C-644 de 18 de noviembre de 2021, C-755 de 21 de enero de 2022, C-152 de 1 de abril de 2022, C-267 de 5 de mayo de 2022, C-432 de 13 de julio de 2022, C-630 del 29 de septiembre de 2022, C-784 del 21 de noviembre del 2022, C-398 del 27 de septiembre de 2023, C-452 del 7 de noviembre de 2023, C-463 del 22 de noviembre de 2023, entre otros. Por otra parte, esta Subdirección se ha referido a los procesos de contratación adelantados en lotes o segmentos en los conceptos C-670 del 19 de octubre de 2022, C-951 del 18 de enero de 2022, C-598 del 22 de septiembre de 2022, C-670 del 19 de octubre de 2022, C-113 del 12 de mayo de 2023, C-194 del 18 de mayo de 2023 y C-064 del 5 de junio de 2023. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran y se complementan en lo pertinente para dar respuesta a su consulta.

2.1. Las modificaciones a los contratos estatales. Reiteración de línea

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, así como en las normas que las han modificado y las reglamentan, no 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 pública 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 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 1993².

Ahora bien, no existe ninguna restricción expresa para modificar los contratos estatales, pues los mismos principios antes referidos, pueden poner 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 expuesto, la jurisprudencia ha fijado pautas generales conforme a las cuales la

² El artículo 40 de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos no podrán adicionarse en más del 50% de su valor inicial, expresado en SMLMV.

Administración Pública debe evaluar, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso, si resulta procedente suscribir documentos de modificación a los contratos que ha celebrado. Así, por ejemplo, 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.³ Así lo prevén por ejemplo los artículos 14 y 16 de la ley 80, los cuales facultan a la 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 20014, 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.⁵

[...]

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,

³ Sobre la naturaleza instrumental del contrato para alcanzar los fines propios del estado social de derecho, ver la sentencia C-932 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵ Ver también la sentencia C-068 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo, sobre la constitucionalidad de la posibilidad de prorrogar los contratos de concesión portuaria (artículo 8º de la ley 1º de 1991).



sustentada y probada, y acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal”.

Por otro el Consejo de Estado⁶, sobre el particular ha manifestado lo siguiente:

“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.

Puede adicionarse una razón a las expuestas para justificar que la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, la cual consiste en el respeto por el principio de igualdad de los oferentes. Si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona, a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado.

De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de agosto de 2009, rad. 1.952, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. En este concepto la Sala de Consulta se ocupó, entre otras preguntas, de la siguiente formulada por el Ministerio de Transporte: “1. ¿Bajo el supuesto que en un contrato de concesión existan razones de conveniencia que permitan una mejora del objeto contratado y una mejor prestación del servicio público encomendado a la entidad estatal contratante, es posible, por fuera de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 y en caso de que las partes hubieran pactado una modificación de común acuerdo desde la licitación, acudir a tal previsión y modificar el contrato, teniendo en cuenta, además, que con la modificación se busca un efectivo cumplimiento de los fines estatales y una eficiente prestación de los servicios públicos?”.



hace: el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiendo, y esta es la segunda idea, que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes".

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 las 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 escrito⁷; ii) la motivación

⁷ Los acuerdos de voluntades que no cumplan con esta formalidad se consideran inexistentes, por lo tanto, tal como lo ha planteado el Consejo de Estado en el Concepto 2263 del 17 de marzo del 2017, "las

 Departamento Nacional de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

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 Civil⁸ 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 mediano 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

eventuales reclamaciones contractuales que pueda presentar un particular sobre prestaciones realizadas, sin la previa modificación del mismo, están llamadas al fracaso, pues la Administración no puede reconocer situaciones de hecho u obligaciones dinerarias con cargo a un contrato que estipula obligaciones distintas".

⁸ Ibidem



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 modificadorio

-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".

Es claro entonces, que conforme a la regulación legal y a la interpretación que de la misma han realizado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, la cual es compartida por esta Agencia, es viable jurídicamente modificar los contratos estatales, pero dicha medida tiene un carácter excepcional y sólo procede cuando con ella se pretende garantizar el interés público, cuando la entidad haya verificado y así pueda constatar, 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 sólo 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. De esta manera, 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.

En ese contexto, las modificaciones no podrán 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 sería no modificar el contrato, sino, celebrar uno nuevo. Sobre este último punto, la doctrina⁹ ha precisado que cuando "se alude a la modificación del

⁹ Cfr. DAVILA VINUEZA Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Editorial Legis, 2001, p. 387.



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"¹⁰.

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.

Sin embargo, corresponderá a cada Entidad Estatal realizar el análisis respecto a la procedencia 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.

2.2. Concepto de adición en los contratos estatales y sus límites en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Reiteración de línea

Como es sabido, uno de los elementos más comunes en los contratos estatales es el *precio*, también conocido como valor. Aunque no todo contrato lo incluye –pues también existen negocios gratuitos– lo usual es que los contratos estatales se perfeccionen como onerosos y, la mayoría de las veces, como conmutativos. Adicionalmente, el precio suele ser el elemento más importante para el contratista, porque equivale a la remuneración que la entidad contratante le pagará por la ejecución del objeto contractual.

Desde la etapa de planeación, en la fase precontractual, las entidades estatales deben calcular el presupuesto oficial, mediante la realización del análisis del sector –que incluye el estudio del mercado– y definir la metodología con la cual estructurarán el precio del contrato. Dicho de otro modo, hace parte de los estudios previos la definición del esquema que la entidad usará para estipular el precio. Tal metodología generalmente depende del tipo de contrato, pues hay

¹⁰ Sobre el particular resultan pertinentes las consideraciones efectuadas en el mismo sentido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto del 13 de agosto de 2009, rad. 1.952, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo y por la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012.



algunas modalidades más comunes en los de obra pública, otras más utilizadas en los de prestación de servicios y otras más indicadas para los de concesión, por mencionar algunos ejemplos¹¹.

No hay, pues, una sola metodología para pactar el precio y, en gran medida, la manera de hacerlo ha obedecido a la costumbre mercantil y a la influencia de disciplinas técnicas, como la ingeniería o la administración de empresas, en la contratación estatal. Dentro de tales esquemas de establecimiento del precio pueden citarse, entre otros: i) los precios unitarios –calculados de acuerdo con las unidades que componen el objeto del contrato–, ii) el precio global –que equivale al monto total, sin discriminar unidades–, y iii) la administración delegada de recursos –en la que se distinguen los costos de inversión de los honorarios del administrador–.

Por ejemplo, en los contratos cuyo precio se estructura a partir del sistema de precios unitarios, ha hecho parte de la práctica de los negocios que el contratante le solicite al potencial contratista que separe en su propuesta los costos directos –es decir, los que están directamente implicados en la ejecución del objeto–, de los costos indirectos –que equivalen a los rubros que no tienen que ver de manera inmediata con la ejecución de las actividades contractuales, pero que integran también el precio, bien porque constituyen erogaciones administrativas o contingentes para el contratista o bien porque se dirigen a salvaguardar su ganancia–. En tal sentido, mientras que los costos directos se evidencian en el análisis de precios unitarios –APU–, como la sumatoria de los valores de los ítems según su unidad de medida, los costos indirectos se suelen abreviar en las variables

¹¹ “La manera como las ofertas presentan el precio varía demasiado, incluso por razón de la costumbre que se impone en determinados negocios. Por ejemplo, tratándose de la compraventa, del suministro o la prestación de servicios profesionales –entre otros contratos, que de hecho son la mayoría– el valor que se ofrece no se desglosa para revelar al destinatario su estructura de costos. El proponente se limita a establecer una cifra por la que está dispuesto a asumir ciertas obligaciones, pero el comprador desconoce cómo se compone internamente, es decir, no sabe –ni usualmente le interesa conocerlo– qué parte del valor corresponde a gastos de mano de obra, de transporte, de energía, cuál es la utilidad esperada, entre otros conceptos. En estos casos se limita a conocer con claridad absoluta cuánto le costará el bien o el servicio, porque es lo que pagará.

“Sin embargo, en otros negocios, como la obra pública, la concesión y la consultoría, el Estado está acostumbrado a que se desglosen intensamente los costos, exigiendo no sólo el precio total sino una distinción entre los costos directos y los costos indirectos. Los primeros son los gastos imprescindibles para ejecutar la obra, entre los que se encuentra: la adquisición de materiales, insumos y suministros, la inversión en equipos, el pago de la mano de obra de las cuadrillas de trabajadores obreros y otros gastos afines –representados en los ítems que componen el contrato–. Los costos indirectos aluden a los gastos que también son necesarios para la obra, pero que no hacen parte de los elementos mismos con los que se construye, es decir, se trata de los costos de administración de la obra, los imprevistos que se presentan durante su ejecución y la utilidad esperada” (MARÍN CORTÉS, Fabián. El precio. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2012. pp. 63-64).



que integran el acrónimo AIU –Administración, Imprevistos y Utilidad–, que se calcula como un porcentaje aplicado a los costos indirectos¹².

En este orden de ideas, tanto las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en adelante EGCAP, como las excluidas de este –es decir, las que tienen un régimen especial– gozan de autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento. Para las entidades que se rigen por el EGCAP, tal autonomía está reconocida en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, la ejecución de los contratos estatales está sujeta a los cambios propios del paso del tiempo. Así, durante la etapa de planeación, las entidades públicas estiman y determinan las prestaciones que demanda la satisfacción de la necesidad de interés colectivo que pretende satisfacer. No obstante, durante la ejecución del contrato, las partes identifican alguna de las siguientes situaciones: i) la necesidad de mayores cantidades de bienes o actividades inicialmente previstos, a lo que se le conoce como “mayores cantidades de obra”, “obras adicionales” o adición de “ítems contractuales”; y ii) la necesidad de ampliar las prestaciones contractuales, mediante la ejecución de nuevos ítems o actividades, no incluidos en el contrato inicial, para lo que en la práctica las entidades ejecutan “obras extra” o “amplían el alcance” del contrato mediante la celebración de un “contrato adicional”.

Este último término tiene origen en el artículo 58 del Decreto Ley 222 de 1983¹³, el cual establecía el “contrato adicional” como el mecanismo a utilizar

¹² Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 14 de octubre de 2011. Exp. 20811, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹³ Decreto ley 222 de 1983: “Artículo 58. De los contratos adicionales. Salvo lo dispuesto en el título IV, cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional.

“Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. Las relaciones con el plazo sólo requerirán firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías.

“Serán requisitos para que pueda iniciarse la ejecución del contrato, la adición y prórroga de las garantías y el pago de los impuestos correspondientes.

“Los contratos de interventoría, administración delegada, y consultoría previstos en este estatuto, podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo.

“Las adiciones deberán publicarse en el Diario oficial.

“En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas.

“Parágrafo. Los contratos de empréstito distintos a los créditos de proveedores, no se someterán a lo dispuesto en este artículo”.



cuando existiere la “necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios” regulada por dicho estatuto. Sin embargo, dicha figura fue abandonada por la Ley 80 de 1993, estatuto que, fuera de lo dispuesto en relación con la potestad de modificación unilateral, sólo aludió a la posibilidad de adicionar valor de los contratos estatales dentro de un límite dado por el cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial expresado, pero sin establecer una limitación expresa sobre otros elementos sobre los que recae la adición¹⁴.

No obstante, la expresión “contrato adicional” al igual que las otras nociones doctrinarias y jurisprudenciales arriba señaladas entre comillas son de uso común en la práctica contractual por las Entidades Estatales. Lo importante en relación con las mismas, tal como se ha resaltado por esta Agencia en oportunidades anteriores, es que frente a cualquier incremento del valor inicial del contrato, que implica una adición, por cualquiera de los dos supuestos señalados previamente, e independientemente del nombre que se le dé al acuerdo, aplica el límite previsto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993: “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”. De manera que, aunque es posible celebrar todos los tipos de acuerdos indicados, siempre se debe observar esta última disposición¹⁵.

Dicha norma además de consagrar una prohibición trae implícita una autorización, consistente en la posibilidad de adicionar los contratos estatales, siempre que no se supere el tope establecido. La regla señalada en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 aplica a todos los contratos estatales regidos por el EGCAP, independientemente de la modalidad de selección, de la tipología contractual del negocio jurídico que se considere necesario adicionar, de si el contrato se adjudicó por lotes o grupos, o inclusive, del sistema de precios pactados.

¹⁴ La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha explicado que: “[...] son diferentes el contrato adicional y la adición de contratos. Aquel es un nuevo contrato, mientras esta es una modificación de un contrato en ejecución. La Ley 80 de 1993 abandonó el concepto de contrato adicional e introdujo el de “adición de los contratos”, sin especificar los elementos sobre los cuales puede hacerse la adición, mantuvo sí un límite: no más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales [...]”. Concepto 1128 del 26 de agosto de 1998, C.P. César Hoyos Salazar.

¹⁵ Lo anterior, sin perjuicio de lo prescrito por la Ley 1474 de 2011, que en su artículo 85, en relación con los contratos de interventoría, exceptiona la aplicación de la restricción analizada, de manera que podrán adicionarse sin importar su monto: “Artículo 85. Continuidad de la interventoría. Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993”.



Así pues, para determinar cómo debe hacerse el cálculo de la adición, basta con remitirse a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 "Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales".

En consecuencia, al momento de realizarse la adición, debe tenerse en cuenta que el cálculo del límite debe realizarse en salarios mínimos para efectos de que el cálculo del tope sea preciso. De manera que para adicionar un contrato debe dividirse el valor inicial por el salario mínimo legal mensual vigente –SMLMV– al momento de la suscripción del contrato, y luego dividirlo por dos. El resultado obtenido constituirá el número de SMLMV por los cuales podrá adicionarse el contrato. En este sentido, para evitar equivocaciones, lo ideal es que cada vez que se efectúe una adición, se estime su valor en salarios mínimos, que se calcularán con base en el vigente al momento de la adición, de manera que se descuenten estos de los salarios mínimos que restan por adicionar, pues las modificaciones podrían hacerse en diferentes años, porque si el contrato se ejecuta sin existir variación en el valor del salario mínimo la operación sería la misma si se toma el monto en pesos.

El razonamiento anterior se fundamenta en la forma como la Ley 80 de 1993 estableció el tope para las adiciones, acudiendo a una forma de actualización del valor, de acuerdo con los incrementos que tenga el salario mínimo, lo que resulta especialmente relevante en contratos de larga duración. En consecuencia, se considera que debido a que cuando el legislador fijó ese límite de la adición de los contratos estatales acudiendo al concepto o, si se quiere, a la fórmula de los SMLMV quedó prevista intrínsecamente una actualización del valor del dinero, en aras de corregir su depreciación, para efectos de establecer el tope por el cual se puede incrementar el valor de los contratos estatales.

2.3 Aplicación del límite a las adiciones en los contratos estatales celebrados como resultado de procesos de contratación adelantados en lotes o segmentos

Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en el marco de la autonomía y discrecionalidad que les asiste para desarrollar su actividad contractual, tienen la posibilidad de segmentar los objetos a contratar, adelantando procesos de contratación divididos en lotes. En términos de eficiencia y economía, esto es procedente cuando, en atención a las condiciones de ejecución requeridas, resulta conveniente segmentar el cumplimiento del objeto del contrato, dando lugar a lotes o segmentos, de tal



manera que los virtuales proponentes puedan ofertar respecto de un lote en concreto, y la entidad pueda definir un adjudicatario para uno de los lotes definidos.

Sin perjuicio de lo anterior, con la reciente expedición del Decreto 142 del de 2023¹⁶ se reglamentó la disposición contenida en el numeral 6 del artículo 33 de la Ley 2069 de 2020¹⁷. Con el fin de cumplir el mandato legal indicado, el artículo 2 del Decreto 0142 de 2023 modificó el artículo 2.2.1.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015¹⁸, para instar a las entidades públicas para que, desde la configuración del Plan Anual de Adquisiciones, propendan por planear su contratación de tal manera que promueva el adelantamiento de procesos de contratación por lotes o segmentos, a fin de promover la participación de las Mipymes en los procesos de contratación. En concordancia con lo anterior, el artículo 6 del Decreto 142 de

¹⁶ "Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional para promover el acceso al sistema de Compras Públicas de las Mipymes, las Cooperativas y demás entidades de la economía solidaria, se incorporan criterios sociales y ambientales en los Procesos de Contratación de las Entidades Estatales, se incluye el Título de emprendimiento comunal y se dictan otras disposiciones".

¹⁷ Decreto 2069 de 2020: "Artículo 33. PROMOCIÓN DEL ACCESO DE LAS MIPYMES AL MERCADO DE COMPRAS PÚBLICAS. Modifíquese el artículo 12 de la Ley 590 de 2000, el cual quedará así:

"Artículo 12. Promoción del acceso de las MIPYMES al mercado de Compras Públicas. Con el fin de promover el acceso de las MIPYMES al mercado de Compras Públicas, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos:

[...]

6. Promoverán la división del Proceso de Contratación en lotes o segmentos que faciliten la participación de las MIPYMES en el Proceso de Contratación [...]"

¹⁸ Decreto 1082 de 2015 –modificado por el artículo 2 del Decreto 142 de 2023–: "Artículo 2.2.1.1.4.1. *Plan Anual de Adquisiciones*. Las entidades estatales deben elaborar un Plan Anual de Adquisiciones, el cual debe contener la lista de bienes, obras y servicios que pretenden adquirir durante el año. En el Plan Anual de Adquisiciones, la Entidad Estatal debe señalar como mínimo la necesidad y cuando conoce el bien, obra o servicio que satisface esa necesidad debe identificarlo utilizando el Clasificador de Bienes y Servicios, e indicar el valor estimado del contrato, el tipo de recursos con cargo a los cuales la entidad estatal pagará el bien, obra o servicio, la modalidad de selección del contratista, y la fecha aproximada en la cual la entidad estatal iniciará el Proceso de Contratación.

Las entidades estatales deberán planear su contratación de manera que se promueva la división de Procesos de Contratación en lotes o segmentos en los que se facilite la participación de las Mipymes.

Dentro de estas Mipymes se encuentran entre otras, las cooperativas de acuerdo con los requisitos del artículo 23 de la Ley 2069 de 2020 o las que se constituyan como entidades de economía solidaria de acuerdo con los requisitos del artículo 6º de la Ley 454 de 1998 o la norma que las modifique o sustituya.

Las asociaciones conformadas por sujetos de especial protección constitucional, asociaciones de pequeños productores locales y productores locales agropecuarios cuyos sistemas productivos pertenezcan a la Agricultura Campesina, Familiar y Comunitaria podrán ser clasificadas como Mipymes en los términos previstos en el artículo 23 de la Ley 2069 de 2020, el artículo 2º de la Ley 590 de 2000 y por el Decreto número 957 de 2019 o las normas que los modifiquen".



2023, adicionó el 2.2.1.2.4.2.19 al Decreto 1082 de 2015, ratificando en el reglamento el deber de las entidades estatales de promover la división de procesos de contratación en lotes o segmentos, ya establecido de manera expresa en el numeral 6 del artículo 33 de la Ley 2069 de 2020. Esta última obedece al siguiente tenor:

"Artículo 2.2.1.2.4.2.19. *División en lotes o segmentos.* Las entidades estatales promoverán la división de procesos de contratación en lotes o segmentos que faciliten la participación de las Mipymes atendiendo a criterios tales como: i) el tipo de entregable, ii) el valor del contrato y iii) el ámbito geográfico de la entrega. Para el efecto: las entidades estatales deberán tener en cuenta el análisis del sector económico y de los oferentes en los términos establecidos en el artículo 2.2.1.1.6.1. de presente decreto.

[...]

Las entidades estatales podrán incluir en el pliego de condiciones mecanismos o reglas que limiten el número de lotes que se adjudican a un mismo proponente, con el fin de evitar que se concentre la contratación, sobre la base de criterios objetivos y no discriminatorios. La decisión de no adjudicar un contrato en lotes o segmentos podrá obedecer entre otras razones, a que mediante este mecanismo se pueda restringir la competencia o que la segmentación del mercado pueda conducir a que la ejecución del contrato sea imposible desde el punto de vista técnico o económico.

Parágrafo. En los Procesos de Contratación adelantados por lotes o grupos deberá aplicarse lo regulado en el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del presente Decreto, tornando en consideración el valor del Proceso de Contratación imputable al respectivo lote en el que se solicite su aplicación. De igual manera será aplicable lo previsto en el artículo 2.2.1.2.4.2.3. a partir del lugar de ejecución del contrato asociado al respectivo lote o segmento".

Como se observa, el primer inciso de la norma establece los criterios que pueden tener en cuenta las entidades públicas para dividir los procesos por lotes o segmentos como lo son: i) el tipo de entregable, ii) el valor del contrato y (iii) el ámbito geográfico de la entrega. Estos criterios se disponen, con el fin de facilitar la participación de las Mipymes en los procesos de contratación. Asimismo, la norma señala que, para dar cumplimiento a lo indicado, las entidades estatales deberán tener en cuenta el análisis del sector económico y de los oferentes en los términos establecidos en el artículo 2.2.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015.

Por su parte, el cuarto inciso de la disposición, habilita a las entidades públicas para que incluyan en los pliegos de condiciones mecanismos y reglas que limiten el número de lotes que pueden ser adjudicados a un mismo oferente. En relación con este aspecto, seconsidera que, como la norma no determina que los



mecanismos y reglas que pueden establecer las entidades para limitar el número de lotes a adjudicarse a un mismo oferente, solo proceda respecto de los lotes o segmentos de un mismo proceso de contratación, la restricción puede incluirse en relación con todos los lotes o segmentos de los diferentes procesos de selección que adelante la entidad estatal.

De esta forma, la entidad estatal podrá limitar el número de lotes de los que puede resultar adjudicatario un mismo proponente, considerando los segmentos de los distintos procesos de selección que se encuentre adelantando. Esto, *“con la finalidad de evitar que se concentre la contratación”* en un solo oferente, y siempre y cuando esta restricción se realice sobre la base de criterios objetivos y no discriminatorios.

Conforme a lo anterior, le corresponde a la entidad estatal en ejercicio de su autonomía y discrecionalidad que le confiere el artículo 2.2.1.2.4.2.19 del Decreto 1082 de 2015, determinar en los pliegos de condiciones para los procesos estructurados por lotes o segmentos, si un proponente puede resultar adjudicatario en uno o varios de los lotes o segmentos en los que se dividen los distintos procesos de contratación que se encuentra adelantando. Esto supone la posibilidad de que la entidad estatal establezca en el pliego de condiciones reglas y/o causales de rechazo, dirigidas a excluir garantizar a evitar que se concentre la contratación en un único proponente. Además, el inciso en comento establece que, la decisión de la entidad de no adjudicar un contrato puede obedecer –entre otras razones– a que: i) mediante este mecanismo se pueda restringir la competencia o ii) que la segmentación del mercado pueda conducir a que la ejecución del contrato sea imposible desde el punto de vista técnico o económico.

Por otra parte, el párrafo de la norma menciona que, en los procesos de contratación adelantados por lotes o grupos deberá aplicarse lo regulado en el artículo 2.2.1.2.4.2.2¹⁹ *“convocatorias limitadas a Mipymes”* del Decreto 1082 de

¹⁹ Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.2.4.2.2. Convocatorias limitadas a Mipyme. Las Entidades Estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, deben limitar la convocatoria de los Procesos de Contratación con pluralidad de oferentes a las Mipyme colombianas con mínimo un (1) año de existencia, cuando concurren los siguientes requisitos:

1. El valor del Proceso de Contratación sea menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$125.000), liquidados con la tasa de cambio que para el efecto determina cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

2. Se hayan recibido solicitudes de por lo menos dos (2) Mipyme colombianas para limitar la convocatoria a Mipyme colombianas. Las Entidades Estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos,



2015, tomando en consideración el valor del Proceso de Contratación imputable al respectivo lote en el que se solicite su aplicación. En relación con el aspecto señalado, es pertinente mencionar que, el numeral uno del artículo 2.2.1.2.4.2.2, establece como requisitos para limitar convocatorias a Mipymes que el valor del Proceso de Contratación sea menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$125.000), liquidados con la tasa de cambio que para el efecto determina cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. No obstante, de acuerdo con el parágrafo del artículo 2.2.1.2.4.2.19, cuando el proceso se adelante por lotes el valor de los (US\$125.000) debe establecerse en relación con el segmento, y no respecto del valor total del proceso de contratación –que se establecería con la sumatoria de todos los lotes o segmentos–. Finalmente, es pertinente mencionar que, el parágrafo en comento dispone que, en los procesos adelantados por lotes o grupos, también, se aplicará lo previsto en el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015²⁰, a partir del lugar de ejecución del contrato asociado al respectivo lote o segmento.

Respecto del objeto específico de la consulta, es pertinente advertir que, dentro de las disposiciones legales y reglamentarias que se refieren a los procesos de contratación en lotes o segmentos, no se regula de manera expresa la aplicación de la restricción establecida en el segundo inciso del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, de acuerdo con alcance de tal restricción explicado en el acápite anterior, esta también debe aplicarse a los contratos que emanan de este tipo de procesos, en la medida que dicha disposición no establece ninguna excepción o exclusión que les sea aplicable a los procesos de contratación segmentados.

Ahora bien, para comprender en que forma debe aplicarse la restricción en comento, es necesario tener en cuenta que la misma es aplicable a los “contratos”, tal como se desprende del texto de la norma. Esto resulta determinante en la

deben recibir estas solicitudes por lo menos un (1) día hábil antes de la expedición del acto administrativo de apertura, o el que haga sus veces de acuerdo con la normativa aplicable a cada Proceso de Contratación.

Tratándose de personas jurídicas, las solicitudes solo las podrán realizar Mipyme, cuyo objeto social les permita ejecutar el contrato relacionado con el proceso contractual.

PARÁGRAFO. Las cooperativas y demás entidades de economía solidaria, siempre que tengan la calidad de Mipyme, podrán solicitar y participar en las convocatorias limitadas en las mismas condiciones dispuestas en el presente artículo”.

²⁰ Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.2.4.2.3. Limitaciones territoriales. De conformidad con el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, las Entidades Estatales, independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, pueden realizar convocatorias limitadas a Mipyme colombianas que tengan domicilio en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato. Cada Mipyme deberá acreditar su domicilio con los documentos a los que se refiere el siguiente artículo”.



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

medida en que, si bien un proceso de contratación segmentado no deja de ser un único proceso—cuyo valor es determinado por la sumatoria de los valores asignados a cada lote—, este puede dar lugar a la suscripción de varios contratos.

Si bien la normativa específica de los procesos adelantados en lotes no lo regula, resulta apenas lógico que, tras la selección de los adjudicatarios la entidad estatal suscriba un contrato estatal diferente con cada uno de ellos, en la medida que cada segmento tiene condiciones de cumplimiento distintas, lo que supone negocios jurídicos distintos con contratistas independientes entre sí. Es por esto por lo que, en principio, la restricción del segundo inciso del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, no debe ser aplicada respecto del valor total del proceso de contratación segmentado, sino sobre el valor de los contratos que surgen del proceso, debiéndose aplicar de manera autónoma a cada uno de ellos.

Sin perjuicio de lo anterior, en supuestos en los que se haya adjudicado más de un lote a un mismo proponente dentro un mismo proceso de contratación, ante la ausencia de disposición legal o reglamentaria que lo establezca²¹, corresponde a la entidad estatal determinar si suscribe varios o único contrato con el adjudicatario, para lo que se considera recomendable incluir reglas en pliego de condiciones que lo determinen. De optarse por la suscripción de un único contrato, el valor de este será el referente para la aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

3. Respuesta

"[¿]Cuando el contrato estatal se adjudica por grupos a un mismo contratista, estableciendo diferente valor para ejecución de cada lote o grupo; a la luz de los principios de planeación y transparencia de que trata la contratación pública, la limitación de que trata la norma anterior aplica por el valor total del contrato? o [¿] por el valor del presupuesto adjudicado para cada grupo?" [sic]

De conformidad con las consideraciones expuestas, se destaca que, por regla general, los incrementos del valor inicial del contrato, implican una adición del valor del mismo, la cual debe sujetarse a la limitación prevista en el segundo inciso del

²¹ A diferencia de lo que sucede en Colombia, la Ley 9/2017 que regula Contratos del Sector Público del Reino de España, establece un conjunto de reglas para la estructuración de procesos en lotes, que establecen una norma supletiva alusiva al número de contratos que deben suscribirse. Al respecto, el artículo 99 de la referida ley, establece en su numeral 7 lo siguiente: "En los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato".



parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que indica que: “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”. Esta restricción aplica a todos los contratos estatales regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, independientemente de la modalidad de selección, de la tipología contractual del negocio jurídico que se considere necesario adicionar, o de si el contrato se adjudicó en el marco de un proceso de contratación adelantado en lotes o segmentos.

Con todo, la referida restricción debe ser aplicada respecto del valor individual de cada uno de los contratos que surgen del proceso de contratación adelantado en lotes o segmentos, mas no sobre el valor global. Esto por cuanto, si bien un proceso de contratación segmentado no deja ser único proceso, puede dar lugar a la suscripción de varios contratos estatales, siendo estos el objeto material de la restricción y no el valor del proceso de contratación determinado por la sumatoria de los valores de los lotes.

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

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Nasly Yeana Mosquera Rivas
Analista T2 – 06 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1 – 15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE



