

MODIFICACIÓN – Contrato estatal – Posibilidad

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como en las normas que las han modificado y las complementan, no consagran una regulación expresa sobre la posibilidad de modificar bilateralmente 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 transparencia, economía y responsabilidad, así como de todos los demás principios de la función administrativa, aplicables al proceso de gestión contractual. La regulación expresa contenida en la Ley se limita a fijar los porcentajes límite para adicionar los valores inicialmente pactados, como lo hace el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, no existe ninguna restricción expresa para modificar los contratos estatales y 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 descrito, la jurisprudencia ha fijado pautas generales conforme a las cuales la 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. [...]

MODIFICACIÓN – Contrato estatal – Límites – Objeto

Es claro, entonces, que, 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 tiene carácter excepcional y solo procede cuando con ella se pretenda 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 solo en circunstancias fácticas propias de la ejecución del contrato, sino, además, cuando tales situaciones ponen de presente la necesidad de dar cumplimiento a previsiones establecidas por el legislador. Así las cosas, para establecer si un contrato determinado puede ser susceptible de modificación se hace necesario que la Administración analice, en cada caso, la concurrencia de los aspectos antes referidos.

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

DERECHO DE PETICIÓN – Noción – Respuesta – Término

De conformidad con el artículo 23 de la Constitución Política «Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución», derecho que es regulado de manera general por la Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se adicionó la Ley 1437 de 2011. Dicho estatuto regula las diferentes manifestaciones que el derecho de petición puede contener, indicando que en ejercicio de este se pueden presentar peticiones de interés general o particular, solicitar información sobre las diferentes actuaciones de las autoridades, solicitar la

DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



resolución de situaciones jurídicas particulares, formular consultas a las autoridades sobre las materias que tienen a su cargo, entre otros asuntos.

La Ley 1437 de 2011 a su vez regula los términos dentro de los cuales deberá resolverse cada petición de acuerdo sus objetos, estableciéndose un término de diez (10) días para las peticiones de información o documentos, uno de treinta (30) días para la absolución de consultas y uno general de quince (15) días para las peticiones que no encajan en los anteriores supuestos. Dentro del correspondiente término la autoridad debe resolver de fondo la solicitud elevada brindando una respuesta clara, precisa y congruente con lo solicitado, que debe ser puesta en conocimiento del peticionario antes del vencimiento del respectivo término.

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES — Límites a la capacidad — Régimen

En la contratación estatal, la *capacidad* también es un requisito de validez de los contratos, tanto en el régimen de las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como en el de las entidades exceptuadas de aquel. Si bien la regulación de la capacidad se integra por varias disposiciones y exigencias especiales –como el requisito de inscribirse, por regla general, en el Registro Único de Proponentes (RUP), establecido en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto 19 de 2012–, se destaca el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como un conjunto de enunciados normativos que imponen restricciones para los sujetos que, eventualmente, pretendan participar en los procedimientos de selección o celebrar contratos con las entidades estatales.

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES — Concepto — Diferencias

Las inhabilidades son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan: i) de la existencia de comportamientos reprochables o de sanciones anteriormente impuestas, ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado. De otro lado, las incompatibilidades son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, fundadas en la presencia de una calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con su calidad de proponente o contratista del Estado.

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

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

[...]



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Como se aprecia, el principio *pro libertate* es el que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como sucede con las causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD — Inhabilidades — Incompatibilidades — Aplicación — Debido proceso

[...] si una disposición normativa consagra un término menos gravoso para una inhabilidad, y es posterior, cronológicamente, debe interpretarse que este es el término vigente, en virtud del *principio de favorabilidad*, que también se aplica en los procedimientos administrativos. Así lo ha reconocido tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado, en desarrollo del primer inciso del artículo 29 de la Constitución, que extiende a las actuaciones administrativas el derecho fundamental al debido proceso. Verbigracia, en la sentencia T-1087 de 2005, la Corte Constitucional hizo un interesante recuento de su jurisprudencia, concluyendo que la regla contenida en el tercer inciso del artículo 29 de la Constitución —que establece que «la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable» también rige en el ámbito del derecho administrativo sancionador, o sea que no puede interpretarse como exclusiva del derecho penal. En armonía con esta tesis, el Consejo de Estado ha admitido la aplicación del principio de favorabilidad en materia sancionatoria y, concretamente, en la contratación estatal, [...].

INCUMPLIMIENTO REITERADO — Inhabilidad — Ley 1474 — Artículo 90 — Redacción original — Ley 1955 — Modificación

Como se aprecia, el texto original de la Ley 1474 de 2011, contemplaba tres supuestos de hecho que daban lugar a la configuración de la inhabilidad: a) el primero relativo a la imposición de cinco (5) multas por incumplimiento —parcial— durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales; b) un segundo supuesto que consistía en la concurrencia de dos (2) declaratorias de incumplimiento —definitivo— de contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales; y c) un tercer supuesto alusivo a la imposición de dos (2) multas y una (1) declaratoria de incumplimiento —definitivo—, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales. Ante la configuración de cualquiera de tales supuestos, la persona inculpa en los mismos quedaba inhabilitada por un periodo de tres (3) años contados a partir de la fecha de inscripción en el RUP de la última multa o declaratoria de incumplimiento.

Posteriormente, los literales a) y b) transcritos fueron modificados por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, en lo atinente al intervalo de tiempo dentro del que se deben presentar las multas y declaratorias de incumplimiento para que se den los dos primeros supuestos que dan lugar a la configuración de la inhabilidad por incumplimiento reiterado.

SILENCIO ADMINISTRATIVO — Noción — Acto administrativo — Ficto o presunto

El incumplimiento del deber de responder a las peticiones presentadas por los administrados o la inobservancia de los términos señalados tiene unos particulares efectos establecidos por la ley en virtud del silencio administrativo, figura jurídica establecida en orden de prevenir que las situaciones sometidas a decisión de la Administración queden sin definir.

El silencio administrativo es una presunción o ficción legal en virtud del cual la falta de decisión de la Administración frente a solicitudes, peticiones o recursos elevados por los administrados produce unos

DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



efectos, los cuales son regulados por los artículos 83 a 86 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Tales efectos constituyen un acto ficto que puede tener efectos negativos o positivos, el cual se equipara a un acto administrativo expreso en el que se respondió de manera negativa o positiva a la solicitud elevada, dependiendo de los efectos que la ley le otorgue al correspondiente silencio.

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO – Efectos – Regla General

La regla general establecida en el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011 es el silencio administrativo negativo, la cual indica que «transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa», lo cual si bien en principio no relava a la administración del deber de emitir una respuesta expresa y de fondo frente a la solicitud elevada, brinda al particular la posibilidad de acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para controvertir los efectos del acto ficto producto del silencio, evento en el cual una vez en firme el auto admisorio de la correspondiente demanda, la administración pierde competencia para expedir una respuesta expresa.

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO – Requisitos – Efectos

[...] el artículo 84 de la Ley 1437 de 2011 regula el silencio administrativo positivo, estableciendo las reglas según las cuales el silencio de la administración frente a una petición tiene efectos positivos. Seguidamente el artículo 85 además establece el procedimiento a seguir para invocar un acto ficto positivo.

[...] Conforme a las reglas establecidas en los anteriores artículos, el silencio administrativo es una excepción a la regla general del silencio negativo, por lo cual este solo tiene lugar cuando se cumplen los siguientes requisitos: i) que la ley le haya dado a la administración un plazo dentro del cual debe resolver la petición o recurso.; ii) que la ley otorgue expresamente al incumplimiento del plazo efectos de silencio positivo; y iii) que la autoridad que estaba en la obligación de resolver, no lo haya hecho dentro del plazo legal. Las normas transcritas además indican que el silencio administrativo positivo, a diferencia del negativo, produce un acto ficto o presunto que debe ser respetado por todas las respectivas autoridades, que una vencido el plazo para responder pierden competencia para pronunciarse respecto de la petición, al haberse producido un acto presunto positivo.

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO – Contratación estatal – Ley 80 de 1993 – Requisitos

Uno de los eventos en los que la ley establece la procedencia del silencio administrativo positivo es el previsto en el artículo 25, numeral 16 de la Ley 80 de 1993, en el que como una manifestación del principio de economía se establece que frente a las solicitudes presentadas en el curso de la ejecución del contrato que no sean resueltas dentro de los tres (3) meses siguientes a su presentación se configura el silencio administrativo positivo.

[...]

Conforme a esta disposición para que se configure el acto ficto positivo, fuera de los requisitos generales del silencio administrativo positivo antes señalados, se requiere además el cumplimiento de varios requisitos específicos: i) que la solicitud sea presentada por el contratista, ii) que sea presentada ante la



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



administración, iii) que sea realizada durante la ejecución del contrato y iv) que la entidad haya guardado silencio frente a solicitud por un lapso de tres (3) meses.

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO – Contratación estatal – Requisitos – Ejecución del contrato

El tercer requisito para la configuración del silencio administrativo previsto en el artículo 25-15 *ibidem* exige la que la petición dirigida por el contratista a la administración sea presentada durante la etapa de ejecución, lo cual excluye de la configuración del silencio positivo a las peticiones presentadas durante las etapas precontractual, de perfeccionamiento y de liquidación, frente a las cuales opera la regla general del silencio negativo.

[...]

En ese sentido, lo exigido por la norma es que la solicitud frente a la que se pretende aplicar el silencio administrativo positivo sea presentada durante la ejecución del contrato, lo cual de conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 implica que el silencio de la administración solo configurará actos fictos positivos respecto de peticiones presentadas por el contratista con posterioridad a la aprobación de las garantías y la expedición del registro presupuestal, y hasta antes de la finalización de la etapa de ejecución. Lo anterior sin perjuicio de la posibilidad de que se pacten requisitos adicionales para la ejecución del contrato, como por ejemplo el acta de inicio, evento en el cual el inicio de la etapa de ejecución estará determinado por la suscripción de dicho documento.

PRESUPUESTOS - Silencio administrativo positivo en la contratación estatal – Derecho constitutivo del contratista – Derecho de petición

[...] la aprobación de la garantía, en los términos expuestos por el peticionario, al enmarcarse dentro de lo dispuesto por los artículos 23 constitucional y 13 de la Ley 1437 de 2011, efectivamente puede ser objeto de una solicitud en ejercicio del derecho de petición, la cual una vez presentada deberá ser resuelta por la administración dentro del término regulado por el artículo 14 dicha ley, por lo que al no tratarse de una solicitud de información, documentos o consulta deberá responderse dentro de un plazo de quince (15) días.

De lo anterior también se colige que la eventual falta de resolución de la administración de tal solicitud de aprobación de la garantía puede generar actos fictos o presuntos en virtud del silencio administrativo. No obstante, tales actos serán producto de la aplicación de la regla general del silencio administrativo negativo.





Bogotá, 27 de diciembre de 2022



Colombia Compra Eficiente

Rad No. RS20230323002824

Anexos: No Con copia: No

Fecha: 23/03/2023 16:23:11



Señor

William Fernando Amezcua Huertaswifeam@gmail.com

Ciudad

Concepto C-973 de 2022**Temas:**

LEY 2195 DE 2022 – Artículo 53 – Obligatoriedad del SECOP II para entidades de régimen especial / LEY 2195 DE 2022 – Artículo 53 – Obligatoriedad del SECOP II para entidades de régimen especial – Circular 002 de 2022 - Circular 2 de 2022 – Plazo / Circular Externa Única - Publicación en una plataforma del SECOP – Régimen Especial – Módulos disponibles en SECOP II

Radicación:

Respuesta a consulta Nro. P20221227012540

Estimado señor Amézquita Huertas:

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 del 27 de diciembre del 2022.

1. Problema planteado

Usted formula las siguientes preguntas:

«1. cuál es el régimen legal y regulatorio de las solicitudes de prórroga aplicable a todos aquellos procesos de selección de la Ley 80 de 1993 y demás normas que modifiquen y complementen.

2. Bajo el anterior régimen legal o si no se estipula en el régimen específico y si en el general, cual es el termino legal que tienen las entidades públicas para pronunciarse respecto de la solicitud de prórroga en plazo de ejecución radicada por los contratistas, dentro de la ejecución de un contrato estatal.

DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN**Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente**

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



3. las entidades públicas pueden no responder de fondo las solicitudes de prórroga plazo de ejecución solicitadas, en caso de no dar respuesta o no darla en el término que se manifieste en el punto dos de esta consulta, que consecuencia acarrea para la entidad pública.

4. si se solicita una prórroga de plazo de ejecución y la entidad omite pronunciarse sobre dicha solicitud y se vence el plazo de ejecución del contrato, se configura causal de inhabilidad? ¿es posible que la entidad omite dar respuesta y por ello se vence el plazo de ejecución, el contratista podría repetir contra el funcionario o la entidad pública por los daños y perjuicios ocasionados?

5. existe gradualidad de las inhabilidades cuando esta es por culpa de la administración o sus funcionarios?

5. la no respuesta de la entidad pública de solicitud de prórroga de plazo de ejecución, se configura silencio administrativo positivo o negativo?» (sic).

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 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 particulares o conceptuar sobre el alcance de normas ajenas a la contratación estatal 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 ni para interpretar el alcance de cualquier norma vigente en el ordenamiento jurídico.

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, brindar asesorías sobre casos puntuales ni interpretar normas ajenas al sistema de compras públicas.

Para resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) Modificación del contrato estatal como medida de carácter excepcional y ejercicio del derecho de petición por parte del contratista ii) Régimen de inhabilidades e incompatibilidades – interpretación restrictiva.

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 5° 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 8° 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».



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Incumplimiento reiterado como causal de inhabilidad, y iii) Silencio administrativo en materia de contratación estatal. Presupuestos jurisprudenciales.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, por un lado, en temas relacionados con la prórroga y adición de los contratos estatales en los conceptos C-049 del 7 de marzo de 2022, C-120 del 22 de marzo de 2022, C-124 del 22 de marzo de 2022, C-132 del 28 de marzo de 2022, C-337 del 25 de mayo de 2022, C-348 del 13 de junio de 2022, C-480 del 18 de julio de 2022, C- 544 del 29 de agosto de 2022, C-555 del 6 de septiembre de 2022 y C-821 del 29 de noviembre de 2022². Así mismo, analizó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública, sus criterios de interpretación – restrictivo y *pro libertate*– y sus efectos en la capacidad contractual, entre otros, en los conceptos: C-090 del 24 de febrero de 2020, C-125 del 3 de marzo de 2020, C-157 del 17 de marzo de 2020, C-273 del 21 de mayo de 2020, C-402 del 26 de junio de 2020, C-386 del 24 de julio de 2020, C-701 del 6 de enero de 2021, C-004 del 12 de febrero de 2021, C-210 del 12 de mayo de 2021, C-275 del 11 de junio de 2021, C-449 del 31 de agosto de 2021 y C-252 del 3 de mayo de 2022. Así mismo, en los conceptos con radicado No. 4201913000005694 del 3 de octubre de 2019, 4201912000006259 del 13 de noviembre de 2019, 4201912000007281 del 5 de diciembre de 2019, 4201912000007060 del 11 de diciembre de 2019 y C-709 del 7 de diciembre de 2020, se analizó la aplicación de la inhabilidad por incumplimiento reiterado consagrada en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, tras la modificación introducida por la Ley 1955 de 2019. Igualmente, en los conceptos 4201912000007976 del 27 de diciembre de 2019 y C-034 del 2 de marzo de 2020 estudió la figura del silencio administrativo negativo y positivo en materia de contratación estatal. Las ideas expuestas en dichos conceptos se reiterarán y complementan en lo pertinente a continuación.

i) Modificación del contrato estatal como medida de carácter excepcional y ejercicio del derecho de petición por parte del contratista

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - EGCAP-, contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como en las normas que las han modificado y las complementan, no consagran una regulación expresa sobre la posibilidad de modificar bilateralmente 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 transparencia, economía y responsabilidad, así como de todos los demás principios de la función administrativa, aplicables al proceso de gestión contractual. La regulación expresa contenida en la Ley se limita

² Los conceptos indicados pueden consultarse en el siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



a fijar los porcentajes límite para adicionar los valores inicialmente pactados, como lo hace el artículo 40 de la Ley 80 de 1993³.

Ahora bien, no existe ninguna restricción expresa para modificar los contratos estatales y 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 descrito, la jurisprudencia ha fijado pautas generales conforme a las cuales la 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 2012⁴, 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.⁵ 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 2001⁶, 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.⁷

[...]

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.

³ 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.

⁴ M.P. Adriana María Guillén Arango.

⁵ 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.

⁶ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁷ Ver también la sentencia C-068 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo, sobre la constitucional de la posibilidad de prorrogar los contratos de concesión portuaria (artículo 8º de la ley 1º de 1991).



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



Ahora bien, el que la mutabilidad de los contratos estatales sea posible no significa que pueda llevarse a cabo por la mera voluntad de las partes o de la entidad contratante; por el contrario, la modificación del contrato debe ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica. Por ello la Corte concuerda con la Sala de Consulta y Servicio Civil en que la modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, sustentada y probada, y acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal.»

A su turno, el Consejo de Estado⁸ ha expresado lo siguiente sobre el asunto:

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

[...]

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

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 hace: el mutuo acuerdo

⁸ 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?».





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».

Es claro, entonces, que, 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 tiene carácter excepcional y solo procede cuando con ella se pretenda 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 solo en circunstancias fácticas propias de la ejecución del contrato, sino, además, cuando tales situaciones ponen de presente la necesidad de dar cumplimiento a previsiones establecidas por el legislador. Así las cosas, para establecer si un contrato determinado puede ser susceptible de modificación se hace necesario que la Administración analice, en cada caso, la concurrencia de los aspectos antes referidos.

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

Sobre este último punto, la doctrina⁹ ha precisado que cuando «se alude a la modificación del contrato se lo hace para referirse a alteraciones, variaciones, sustituciones de calidad, componentes o número de obras, bienes o servicios. No implican la sustitución del género del contrato sino modificaciones que responden a necesidades sobrevivientes o a errores en la fase previa¹⁰. Para la determinación de los aspectos que no alteran la esencia del contrato estatal y que, por ello, al variarse no lo convierte en otro contrato, resulta útil remitirse a lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil, que establece que los contratos tienen elementos de su esencia, de su naturaleza y accidentales. Las definiciones de cada uno de dichos conceptos efectuadas en el artículo en comento resultarán útiles para establecer, en un caso determinado, si una específica modificación altera la esencia del contrato.

En todo caso, cualquier solicitud de modificación que pueda suscitarse durante la ejecución del contrato, sea por parte de algún funcionario competente de la entidad contratante, sea por parte del contratista, corresponderá a las partes realizar el análisis y conveniencia respecto a la precedencia de modificar determinado contrato estatal, en el entendido que se respeten las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo expuesto

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

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.



anteriormente, además de definir previamente su procedencia desde la perspectiva jurídica, técnica y financiera, en virtud de su autonomía.

Por otro lado, y con el propósito de ir aproximándonos a la respuesta de sus interrogantes, las Entidades Estatales deberán responder los derechos de petición que puedan llegar a presentar los contratistas en el marco de la relación contractual.

De conformidad con el artículo 23 de la Constitución Política «Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución», derecho que es regulado de manera general por la Ley 1755 de 2015.. Dicho estatuto regula las diferentes manifestaciones que el derecho de petición puede contener, indicando que en ejercicio de este se pueden presentar peticiones de interés general o particular, solicitar información sobre las diferentes actuaciones de las autoridades, solicitar la resolución de situaciones jurídicas particulares, formular consultas a las autoridades sobre las materias que tienen a su cargo, entre otros asuntos¹¹.

Así mismo, la Ley 1755 de 2015 regula los términos dentro de los cuales deberá resolverse cada petición de acuerdo su objeto, estableciéndose un término de diez (10) días para las peticiones de información o documentos, uno de treinta (30) días para la absolución de consultas y uno general de quince (15) días para las peticiones que no encajan en los anteriores supuestos¹². Dentro del correspondiente término la autoridad debe resolver de fondo la solicitud presentada brindando una respuesta clara, precisa y congruente con lo solicitado, que debe ser puesta en conocimiento del peticionario antes del vencimiento del respectivo término¹³.

¹¹ Ley 1437 de 2011 «Artículo 13. Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma.

»Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.

»El ejercicio del derecho de petición es gratuito y puede realizarse sin necesidad de representación a través de abogado, o de persona mayor cuando se trate de menores en relación a las entidades dedicadas a su protección o formación».

¹² Ley 1437 de 2011 «Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

»1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

»2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

»Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto».

¹³ La Corte Constitucional ha expresado sobre la noción, naturaleza y contenido del derecho de petición «La Corte Constitucional ha establecido que el derecho de petición es un derecho fundamental que se presenta de una forma compleja pues, en primer lugar, constituye la herramienta de ejercicio de los demás derechos fundamentales, pese a lo cual no pierde su naturaleza de derecho fundamental autónomo, pero, además, tiene como fin salvaguardar la participación de los administrados en las decisiones que los afectan y en la vida de la Nación.

»La vulneración del derecho de petición se presenta por la negativa de un agente de emitir respuesta de fondo, clara, oportuna y en un tiempo razonable, y por no comunicar la respectiva decisión al petente.

»El derecho de petición faculta a toda persona a elevar solicitudes respetuosas a las autoridades [...] públicas –y en casos especiales a los particulares–, e involucra al mismo tiempo la obligación para la autoridad pública de emitir una respuesta que, si bien no tiene que ser favorable a las pretensiones del peticionario, sí debe ser oportuna, resolver de fondo lo requerido por el peticionario y ser puesta en conocimiento del mismo

[...]





Ahora bien, el incumplimiento del deber de responder las peticiones presentadas por los administrados o la inobservancia de los términos señalados tiene unos efectos particulares establecidos por la ley en virtud del silencio administrativo, figura jurídica establecida en orden de prevenir que las situaciones sometidas a decisión de la Administración queden sin definir. En el numeral tercero del presente concepto se abordará con detalle la figura del silencio administrativo en materia de contratación estatal.

ii) Régimen de inhabilidades e incompatibilidades – interpretación restrictiva. Incumplimiento reiterado como causal de inhabilidad.

En su consulta usted pregunta si, en el supuesto en que una entidad estatal no responda una solicitud de prórroga presentada por el contratista y se cumple el tiempo de ejecución inicialmente pactado, puede configurarse una causal de inhabilidad para dicho contratista. Para resolver esos interrogantes, es necesario referirnos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estado de la contratación estatal.

En ese contexto, lo primero es señalar que en la contratación estatal la *capacidad* también es un requisito de validez de los contratos, tanto en el régimen de las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública¹⁴ como en el de las entidades exceptuadas de aquel¹⁵. Si bien la regulación de la capacidad se integra por varias disposiciones y exigencias especiales –como el requisito de inscribirse, por regla general, en el Registro Único de Proponentes (RUP), establecido en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto 19 de 2012¹⁶–, se destaca el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como un conjunto de enunciados normativos que imponen restricciones para los sujetos que, eventualmente, pretendan participar en los procedimientos de selección o celebrar contratos con las entidades estatales¹⁷.

»El derecho de petición exige por parte de las autoridades, una decisión de fondo a lo requerido por el ciudadano. Esto implica la proscripción de respuestas evasivas o abstractas, ello no quiere decir que necesariamente la respuesta deba ser favorable. La respuesta de fondo implica un estudio sustentado del requerimiento del peticionario, acorde con las competencias de la autoridad frente a la que ha sido presentada la petición». Corte Constitucional. Sentencia T-441 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁴ El artículo 6 de la Ley 80 de 1993 expresa: «Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

»Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más».

¹⁵ El artículo 1502 del Código Civil prevé la capacidad legal como requisito para obligarse contractualmente, en los siguientes términos: «Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

»1o.) que sea legalmente capaz.

[...]

»La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra».

¹⁶ Los incisos 1 y 2 de dicho artículo disponen: «Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

»No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes».

¹⁷ En tal sentido, José Luis Benavides comenta que «Aunque la mayoría de las reglas limitativas de la responsabilidad contractual se aplican a la administración, existen también algunas restricciones importantes a la capacidad de los contratistas: el régimen de inhabilidades e incompatibilidades (1) y la



Es así como, las inhabilidades son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan: i) de la existencia de comportamientos reprochables o de sanciones anteriormente impuestas¹⁸, ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil¹⁹ o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado²⁰. De otro lado, las incompatibilidades son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, fundadas en la calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con su calidad de proponente o contratista del Estado²¹.

obligación de ciertos proponentes de inscribirse en el *registro único* (2)» (BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Entre el Derecho público y el Derecho privado. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 278).

¹⁸ Son inhabilidades que responden a esta circunstancia, entre otras, las siguientes: «Quienes participaron en las licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados» (art. 8, num. 1º, lit. b, Ley 80/93); «Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad» (art. 8, num. 1º, lit. c, Ley 80/93); «Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución» (art. 8, num. 1º, lit. d, Ley 80/93); «Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado» (art. 8, num. 1º, lit. e, Ley 80/93); «i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria» (art. 8, num. 1º, lit. i, Ley 80/93); «Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional» (art. 8, num. 1º, lit. j, Ley 80/93); «El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato» (art. 8, num. 1º, lit. k, Ley 80/93); «Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años; [...] Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años; [...] Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales» (art. 90, lit. a, b) y c), Ley 1474/11, modificado por el art. 43, Ley 1955/19).

¹⁹ Por ejemplo, a título enunciativo, las siguientes: «Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación» (art. 8, num. 1º, lit. g, Ley 80/93); «Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación» (art. 8, num. 1º, lit. h, Ley 80/93); «Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante» (art. 8, num. 2º, lit. b, Ley 80/93); «El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal» (art. 8, num. 2º, lit. c, Ley 80/93); «Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo» (art. 8, num. 2º, lit. d, Ley 80/93).

²⁰ Verbigracia, entre otras, las que se indican a continuación: «Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato» (art. 8, num. 1º, lit. k, Ley 80/93, modificado por el art. 33, Ley 1778/16); «Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante» (art. 8, num. 2º, lit. a, Ley 80/93) [a pesar de que la norma la califica como una incompatibilidad, en realidad se trata de una inhabilidad, ya que en dicha causal no existe concurrencia de calidades en un sujeto]; «Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios» (art. 8, num. 2º, lit. f, Ley 80/93, adicionado por el art. 4º, Ley 1474/2011) [a pesar de que la norma la califica como una incompatibilidad, en realidad se trata de una inhabilidad, ya que en dicha causal no existe concurrencia de calidades en un sujeto].

²¹ Como las señaladas a continuación: «Los servidores públicos» (art. 8, num. 1º, lit. f, Ley 80/93); «Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo» (art. 8, num. 2º, lit. d, Ley 80/93); «Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada» (art. 8, num. 2º, lit. e, Ley 80/93); «Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad» (art. 5, Ley 1474/11).



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública responde a la tendencia, vigente desde hace varias décadas en nuestro país, pero que se ha reforzado en los últimos años, de asegurar que la actividad de provisión de los bienes y servicios por parte de las entidades estatales se efectúe cumpliendo con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, especialmente con probidad y transparencia. Es por ello que, como lo ha destacado la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades se han convertido en herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente un cariz sancionatorio o «neopunitivo»²². Si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son consecuencia de una medida de reproche ni de una sanción previa, como ya se explicó, es indiscutible que en los años más recientes los lamentables hechos de corrupción han generado, como respuesta del legislador, un incremento de las restricciones a la capacidad contractual, dirigidas a prevenir este tipo de situaciones o a sancionar tales conductas.

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades –como ya se dijo– al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser *restrictiva*²³, pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura al interior de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado que, al precisar el sentido de este tipo de normas, «[...] el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas»²⁴.

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

²² BARRETO ROZO, Antonio Alejandro. Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el Estatuto Anticorrupción. En: ALVIAR GARCÍA, Helena (Coordinadora). Nuevas tendencias del Derecho administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes; Temis, 2016. pp. 63-99.

²³ *Ibid.*, p. 69.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-1039 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. La Corte ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras.



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



En ese contexto, las multas y la declaratoria de incumplimiento son sanciones administrativas impuestas por la entidad en cada contrato, frente al incumplimiento, parcial o definitivo, de las obligaciones pactadas, cuestión que puede llegar a presentarse en el marco de un contrato estatal que no fue ejecutado dentro del término previsto inicialmente por alguna de las partes.

En principio, las consecuencias de estas sanciones no se proyectan más allá del marco del contrato en el que fueron impuestas. No obstante, en aras de hacer prevalecer los principios de probidad, transparencia y eficiencia, en el marco de la respuesta al fenómeno de la corrupción en la contratación estatal, el legislador determinó que la declaratoria reiterada de estas sanciones, bien sea por la misma entidad o por varias, en uno o varios contratos, tuviera consecuencias negativas para el contratista más allá de los incumplimientos contractuales que las generaron.

En ese sentido, dentro del conjunto de medidas administrativas, fiscales y penales adoptadas por la Ley 1474 de 2011, conocida como Estatuto Anticorrupción, se incluyó la creación de una inhabilidad para contratar en razón del incumplimiento reiterado de los oferentes en la ejecución de otros contratos estatales. Conforme a esto, el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 estableció, originalmente, la inhabilidad de 3 años, que se configuraba bajo las siguientes tres causales: a) el primero relativo a la imposición de cinco (5) multas por incumplimiento –parcial– durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales; b) un segundo supuesto que consistía en la concurrencia de dos (2) declaratorias de incumplimiento –definitivo– de contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales; y c) un tercer supuesto alusivo a la imposición de dos (2) multas y una (1) declaratoria de incumplimiento –definitivo–, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales²⁵. Ante la configuración de cualquiera de tales supuestos, la persona incurso en los mismos quedaba inhabilitada por un periodo de tres (3) años contados a partir de la fecha de inscripción en el RUP de la última multa o declaratoria de incumplimiento.

Posteriormente, los literales a) y b) transcritos fueron modificados por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, en lo atinente al intervalo de tiempo dentro del que se deben presentar las multas y declaratorias de incumplimiento para que se den los dos primeros supuestos que dan lugar a la configuración de la inhabilidad por incumplimiento reiterado. Los literales a) y b) quedaron así: a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, con una o varias entidades estatales, *durante los últimos tres (3) años*; b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos, con una o varias entidades estatales, *durante los últimos tres (3) años [...]*. (Cursivas fuera de texto).

²⁵ AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Concepto de 11 de diciembre de 2019. Radicado de entrada No. 4201912000007060, Radicado de salida No. 2201913000009165.





En ese orden, a la luz del texto original de la Ley 1474 de 2011, para que se configurara la inhabilidad era necesario que las cinco multas –literal a)– o los dos incumplimientos –literal b)– fueran declarados en la misma vigencia fiscal, esto es, en el mismo año. Después de la modificación introducida por la Ley 1955 de 2019, basta que las dos declaratorias de incumplimiento o las cinco multas se hayan impuesto dentro de los últimos tres años.

Ahora bien, el artículo 51 de la Ley 2195 de 2022 adicionó el literal d) al artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, mediante el cual se modificó el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011. En el mencionado literal el legislador establece que quedará inhabilitado el contratista que incurra en la siguiente conducta: «Haber sido objeto de incumplimiento contractual o de imposición de dos (2) o más multas, con una o varias entidades, cuando se trate de contratos cuyo objeto esté relacionado con el Programa de Alimentación Escolar. Esta inhabilidad se extenderá por un término de diez (10) años, contados a partir de la publicación del acto administrativo que impone la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas».

Así mismo, el término de diez (10) años de la causal de inhabilidad prevista en el artículo 51 de la Ley 2195 de 2022 se comienza a contar a partir de la publicación del último incumplimiento o multa en el Registro Único de Proponentes. En consecuencia, el término de la inhabilidad no se activa con la sola expedición del acto administrativo que declara el incumplimiento o la multa y ni siquiera con su *firmeza*²⁶ o desde la publicación *del primer* incumplimiento o multa, sino desde la publicación en el Registro Único de Proponentes del acto administrativo que impone *la última* multa o incumplimiento, luego del trámite del procedimiento administrativo sancionatorio correspondiente. Así pues, las entidades estatales están obligadas a enviar a las cámaras de comercio la copia de los actos administrativos en firme que han declarado los incumplimientos o multas, para que estas hagan la anotación en el RUP, pues el artículo 51 de la Ley 2195 de 2022, en el último inciso, establece que «La inhabilidad pertinente se hará explícita en el Registro Único de Proponentes cuando a ello haya lugar».

En tal sentido, las cámaras de comercio deben revisar las anotaciones vigentes en el RUP, contrastándolas con cada incumplimiento o multa que hayan reportado las entidades estatales en los contratos de alimentación escolar, para dejar explícita la anotación de la inhabilidad a partir del último incumplimiento o multa. Si, por ejemplo, solo se ha impuesto una multa –y no hay otros incumplimientos o multas en contratos de alimentación escolar frente a un proponente–, debe quedar la anotación de esta en el RUP, pero aún no la de la inhabilidad, dado que todavía no existiría incumplimiento *reiterado*. Sin embargo, esta anotación ha de ser tenida en cuenta por la

²⁶ El fenómeno de la firmeza de los actos administrativos se define en el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011, del siguiente modo: «Los actos administrativos quedarán en firme:

- »1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
- »2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
- »3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
- »4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
- »5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo».





cámara de comercio respectiva para cuando le envíen copia de otro incumplimiento o multa en contra del mismo proponente, para hacer explícita, a partir de allí, la inhabilidad regulada en el artículo 51 de la Ley 2195 de 2022, por el período que esta norma establece.

iii) Silencio administrativo en materia de contratación estatal. Presupuestos jurisprudenciales.

Reiterando lo dicho en el numeral i) de este concepto, de conformidad con el artículo 23 de la Constitución Política «Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución», derecho que actualmente es regulado de manera general por la Ley 1755 de 2015. Como se advierte, el incumplimiento del deber de responder las peticiones presentadas por los administrados o la inobservancia de los términos señalados tiene unos efectos particulares establecidos por la ley en virtud del silencio administrativo, figura jurídica establecida en orden de prevenir que las situaciones sometidas a decisión de la Administración queden sin definir.

En ese contexto, y atendiendo a la pregunta mediante la cual se busca establecer si se configura silencio administrativo positivo cuando una Entidad Estatal no responde una solicitud de prórroga efectuada por el contratista, en el marco de la ejecución de un contrato estatal, es imperativo dar claridad sobre la figura jurídica en la contratación estatal.

Lo primero es decir que el silencio administrativo es una presunción o ficción legal en virtud del cual la falta de decisión de la Administración frente a solicitudes, peticiones o recursos presentados por los administrados produce unos efectos, los cuales son regulados por los artículos 83 a 86 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA-. Tales efectos constituyen un acto ficto que puede tener efectos negativos o positivos, el cual se equipara a un acto administrativo expreso en el que se respondió de manera negativa o positiva a la solicitud elevada, dependiendo de los efectos que la ley le otorgue al correspondiente silencio.

La regla general establecida en el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011 es el silencio administrativo negativo, la cual indica que «transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa», lo cual si bien en principio no releva a la administración del deber de responder expresa y de fondo la solicitud elevada, brinda al particular la posibilidad de acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para controvertir los efectos del acto ficto producto del silencio negativo, evento en el cual, una vez en firme el auto admisorio de la correspondiente demanda, la Administración pierde competencia para responder²⁷.

²⁷ «Artículo 83. Silencio negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

»En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.





De otro lado, el artículo 84 de la Ley 1437 de 2011 regula el silencio administrativo positivo, estableciendo las reglas según las cuales el silencio de la Administración frente a una petición tiene efectos positivos. Seguidamente el artículo 85 establece el procedimiento a seguir para invocar un acto ficto positivo:

«Artículo 84. Silencio positivo. Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva.

Los términos para que se entienda producida la decisión positiva presunta comienzan a contarse a partir del día en que se presentó la petición o recurso.

El acto positivo presunto podrá ser objeto de revocación directa en los términos de este Código».

«Artículo 85. Procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo. La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 15, junto con una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término previsto.

La escritura y sus copias auténticas producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así.

Para efectos de la protocolización de los documentos de que trata este artículo se entenderá que ellos carecen de valor económico».

Conforme a las reglas establecidas en los artículos anteriores, el silencio administrativo es una excepción a la regla general del silencio negativo, por lo cual este solo tiene lugar cuando se cumplen los siguientes requisitos: i) que la ley le haya dado a la Administración un plazo dentro del cual debe resolver la petición o recurso.; ii) que la ley otorgue expresamente al incumplimiento

»La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda».



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



del plazo efectos de silencio positivo; y iii) que la autoridad que estaba en la obligación de resolver, no lo haya hecho dentro del plazo legal. Las normas transcritas además indican que el silencio administrativo positivo, a diferencia del negativo, produce un acto ficto o presunto que debe ser respetado por todas las autoridades, quienes una vez vencido el plazo para responder pierden competencia para pronunciarse respecto de la petición, al haberse producido un acto presunto positivo²⁸.

Uno de los eventos en los que la ley establece la procedencia del silencio administrativo positivo es el previsto en el numeral 16, del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en el que como una manifestación del principio de economía se establece que frente a las solicitudes presentadas en el curso de la ejecución del contrato que no sean resueltas dentro de los tres (3) meses siguientes a su presentación se configura el silencio administrativo positivo:

«Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley».

Conforme a esta disposición para que se configure el acto ficto positivo, fuera de los requisitos generales del silencio administrativo positivo antes señalados, se requiere además el cumplimiento de varios requisitos específicos: i) que la solicitud sea presentada por el contratista, ii) que sea presentada ante la Administración, iii) que sea realizada durante la ejecución del contrato, y iv) que la entidad haya guardado silencio frente a solicitud por un lapso de tres (3) meses²⁹.

El primer requisito se refiere a que, independientemente de que durante la ejecución del contrato además del contratista existan otros sujetos como las compañías aseguradoras y los ciudadanos, que en ejercicio del derecho de petición pueden presentar solicitudes referidas al respectivo contrato, solo se configurará silencio administrativo positivo frente a las presentadas por el contratista, lo cual consulta el sentido natural y comporta una interpretación razonable de

²⁸ Al respecto véase Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 25 de abril 2018. Rad. No.: 73001-23-33-000-2014-00219-01 [21805]. C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto. «En relación con el silencio administrativo positivo, la Sala ha señalado que se trata de un fenómeno en virtud del cual la ley contempla que, en determinados casos, la falta de decisión de la Administración frente a peticiones o recursos elevados por los administrados, tiene un efecto que puede ser negativo o positivo. En el caso del silencio positivo, el acto presunto hace que el administrado vea satisfecha su pretensión como si la autoridad la hubiera resuelto de manera favorable.

»La configuración del silencio positivo genera un acto presunto que tiene que ser respetado por la Administración. En otras palabras, una vez se ha producido el silencio positivo, la Administración pierde competencia para decidir la petición o recurso respectivos. [...]

»Para que se configure el silencio positivo se deben cumplir tres requisitos: i) que la ley le haya dado a la Administración un plazo dentro del cual debe resolver la petición, recurso etc.; ii) que la ley contemple de manera expresa que el incumplimiento del plazo tiene efectos de silencio positivo; y iii) que la autoridad que estaba en la obligación de resolver, no lo haya hecho dentro del plazo legal. Respecto de este último requisito, se debe entender que dentro del plazo señalado no solo debe emitirse la decisión, sino notificarse en debida forma».

²⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2011. Exp. No. 17.555 C.P. Enrique Gil Botero.



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



la norma, que busca evitar la paralización de la ejecución del contrato por la no resolución de alguna solicitud presentada por quien tiene a su cargo el desarrollo del objeto contractual.

Por su parte, el segundo requisito que exige que la petición sea presentada ante la Administración, más que indicar ante quién debe ser radicada la solicitud, pretende distinguir el sujeto legitimado para beneficiarse de la aplicación del silencio positivo. Esto ya que en el curso del contrato así como el contratista está habilitado para presentar solicitudes a la entidad contratante, esta también está facultada para presentar solicitudes o requerimientos al contratista, no obstante, frente a estos últimos no se configurará el silencio administrativo positivo sino el negativo, ya que de la redacción de la excepción a la regla general del silencio administrativo establecida en el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, se colige que el legislador solo estableció la misma frente a las solicitudes presentadas por el contratista.

El tercer requisito previsto en el artículo 25-16 *ibidem* exige que la petición dirigida por el contratista a la Administración sea presentada durante la etapa de ejecución, lo cual excluye de la configuración del silencio positivo a las peticiones presentadas durante las etapas precontractual, de perfeccionamiento y de liquidación, frente a las cuales opera la regla general del silencio negativo. Al respecto resultan ilustradoras las consideraciones realizadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia de 21 de febrero de 2011:

«El *tercer requisito* exige que la petición se presente durante la *ejecución* del contrato, y excluye la configuración de esta modalidad de silencio frente a las solicitudes presentadas durante las etapas pre-contractual, de perfeccionamiento del contrato y de liquidación. En estos tres casos, el silencio que se configura ante una petición es el negativo –en el evento de no responderse–, pasados 3 meses de presentada la petición, por aplicación del art. 40 del CCA., pues no existiendo norma especial en la ley 80 que regule estos supuestos, entonces rige este código.

En estos términos, la ley 80 restringió a una etapa muy precisa del *iter* contractual la posibilidad de que se configure el silencio positivo, momento cuya existencia tiene variables que afectan su concreción [...]

Pero antes de analizar ese aspecto es importante considerar que lo determinante para el artículo 25.16 no es tan solo que se esté en la etapa de ejecución, sino que la petición se presente durante ella, sin importar cuándo se resuelva o deba resolver. En estos términos, lo definitivo es la presentación de la solicitud, no la fecha o momento de la respuesta. En tal sentido, dispone claramente la norma que «las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato...» son las que tienen la posibilidad de configurar este silencio, haciendo abstracción de la etapa en la cual se respondan.



Sin embargo, la identificación de la fase de ejecución de un contrato estatal es un aspecto que en la praxis presenta usualmente variables, si se quiere distinguirla adecuadamente. El criterio inicial lo ofrece el inciso segundo del art. 41 de la ley 80 de 1993 [...]

Formalmente hablando, cuando se cumplan las condiciones previstas en el inciso segundo ya es posible iniciar la fase de ejecución contractual. No obstante, se acostumbra pactar condiciones especiales para ello, por ejemplo: i) que la iniciación queda sujeta a la suscripción de un «acta de iniciación» del contrato –luego de cumplir los requisitos del art. 41-, o ii) que será tan pronto se aprueben las garantías –es decir, que no se suscribe un «acta de inicio»-, y, en fin, iii) se acuerdan fórmulas semejantes, que contribuyen a determinar el inicio del plazo del contrato.

Cuando el contrato no regula el tema, a las partes y/o al juez les corresponde interpretar el problema, a la luz de la ley y del negocio jurídico mismo, para determinar cuál es el momento de iniciación de esta etapa»³⁰.

En ese orden, el tercer requisito exige que el contratista presente su petición durante el periodo de ejecución del contrato, siendo lo determinante para el cumplimiento del requisito el momento de presentación de la petición y no el momento en el que debe ser respondida.

En ese sentido, lo exigido por la norma es que la solicitud frente a la que se pretende aplicar el silencio administrativo positivo sea presentada durante la ejecución del contrato, lo cual, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, implica que el silencio de la Administración solo configurará actos fictos positivos respecto de peticiones presentadas por el contratista con posterioridad a la aprobación de las garantías y la expedición del registro presupuestal, y hasta antes de la finalización de la etapa de ejecución. Lo anterior sin perjuicio de la posibilidad de que se pacten requisitos adicionales para la ejecución del contrato, como por ejemplo un «acta de inicio», evento en el cual el inicio de la etapa de ejecución estará determinado por la suscripción de dicho documento.

El cuarto y último de los requisitos antes señalados, requiere que la Administración haya prolongado su omisión de dar respuesta a la petición presentada por el contratista por un lapso no inferior a tres (3) meses.

Este plazo corresponde al término requerido por la ley para que opere la regla del silencio positivo previsto en el artículo 25-16, y no al término al que se encuentra sometida la autoridad

³⁰ *Ibidem*





para responder la respectiva petición, el cual debe determinarse de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 1755 de 2015, que prevé términos de diez (10), quince (15) y treinta (30) días aplicables de acuerdo con el objeto de la correspondiente solicitud. En ese sentido, la regla establecida en el último artículo supone un plazo dentro del cual deben resolverse las peticiones presentadas por el contratista durante la ejecución del contrato, mientras que la norma determina un momento a partir del cual la mora del contratante en la resolución de esta tiene efectos de acto ficto positivo.

Sumado a las anteriores consideraciones, y luego de haber repasado las reglas y requisitos que demandan la configuración del silencio administrativo positivo del artículo 84 de la Ley 1437 de 2011, y lo consagrado en el numeral 16, artículo 25 de la Ley 80 de 1993, es necesario traer a colación las reflexiones hechas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, las cuales resultan de vital importancia para definir en conjunto de reglas y requisitos que deben coincidir para que el acto ficto adquiera la condición de positivo.

En este sentido, aun cuando se cumplan las reglas y requisitos anteriormente esbozados, y de conformidad con lo manifestado en reiteradas ocasiones por parte del Consejo de Estado, resulta fundamental que algunos de los presupuestos jurisprudenciales pide que el peticionario aporte pruebas necesarias para demostrar la obligación que se exige, que no se permita; vía silencio administrativo positivo, para resolver o definir etapas procesales que tienen procedimientos definidos en disposiciones de la materia contractual y uno no menos relevante, que la petición debe dirigirse a un derecho constitutivo del contratista, preexistente a la solicitud y que requiera sólo la formalidad o declaración del contratante público. Lo anterior, toda vez que el silencio positivo no se puede erigir sobre circunstancias y relaciones jurídicas ilusorios. En palabras del Consejo de Estado, la Sección Tercera indicó que:

«[...]

El reconocimiento del silencio administrativo positivo no puede ir en contra del ordenamiento jurídico, por tanto, no es posible reconocer actos presuntos que contradigan la ley o la Constitución. Tratándose del silencio administrativo positivo en la contratación estatal, para su configuración, además del mero transcurso del tiempo sin que la Administración se pronuncie, se requiere de los siguientes presupuestos: i) La solicitud debe presentarse durante la ejecución del contrato; ii) El peticionario, con su solicitud, debe aportar las pruebas necesarias que permitan deducir la obligación que se está reclamando; iii) No puede utilizarse esta figura para entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen un procedimiento especial en el estatuto contractual; iv) La petición debe referirse a un derecho constitutivo del contratista, preexistente a la solicitud y que requiera sólo la formalidad o declaración del contratante público. Lo anterior, toda vez que el silencio positivo no se puede construir sobre situaciones y relaciones jurídicas inexistentes; v) Lo pedido debe referirse a





asuntos que requieran definirse en relación con la actividad contractual del contratista y no del contratante³¹.

[...]»

Con las argumentaciones expuestas en las líneas anteriores, nos permitimos referirnos al interrogante último, relativo a la posibilidad de que se pueda llegar a configurar un silencio administrativo positivo o negativo, frente a la no respuesta de la Entidad Estatal luego de que el contratista elevara solicitud de prórroga durante el tiempo de ejecución del contrato. Acorde con lo expuesto, resulta claro que no solo basta con que se cumplan los requisitos y reglas que traen, tanto el artículo 84 de la Ley 1437 de 2011, como el numeral 16, artículo 25 de la Ley 80 de 1993, sino que además, el silencio administrativo positivo no puede utilizarse para entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen un procedimiento especial en el estatuto contractual, tales como las pretendidas prórrogas, adiciones o cualesquiera modificaciones al contrato inicial.

De igual modo, según lo entiende el alto tribunal, la petición debe referirse a un derecho constitutivo del contratista, preexistente a la solicitud y que requiera sólo la formalidad o declaración del contratante público. Lo anterior, toda vez que el silencio positivo no se puede construir sobre situaciones y relaciones jurídicas inexistentes. Ahora bien, y en contraste con la consulta hecha por usted, una solicitud de modificación no es en sí un derecho constitutivo del contratista, sino una facultad en cabeza de las partes que le permite introducir variaciones al contrato inicialmente convenido, para así, lograr la satisfacción del servicio público.

De esta manera, la sentencia citada nos aporta el presupuesto de que lo pedido debe referirse a asuntos que requieran definirse en relación con la actividad contractual del contratista y no del contratante. Por lo que, basta con revisar el concepto mismo de la modificación para concluir que el silencio administrativo positivo en el marco de una solicitud de modificación presentada por el contratista, no podría tener como resultado del acto ficto la aceptación de la entidad contratante para modificar eventualmente un contrato estatal. .

Ahora bien, el Consejo de Estado precisó la configuración del silencio administrativo positivo por ausencia de respuesta de la administración sobre la solicitud de medidas que restablezcan el equilibrio contractual, entre otras, en la Sentencia 38449 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 27 de enero de 2016, con ponencia de la magistrada Marta Nubia Velásquez Rico, en los siguientes términos:

«[...]»

Este acontecimiento dará lugar a que la parte afectada solicite a su co-contratante la adopción de los mecanismos de ajuste y revisión de precios, así como la implementación de los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución del contrato. En esa misma dirección, cuando el contratista, en su condición de afectado, acude ante la entidad

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Nro. 37446 del 12 de mayo de 2010.





pública con el propósito de que se le restablezca el equilibrio económico del contrato, alterado por algunas de las causas señaladas, el Estatuto de Contratación Estatal ha consagrado que ante la ausencia de respuesta expresa por parte de la Administración, podría eventualmente tener cabida la configuración del silencio administrativo positivo, siempre que se reúnan los supuestos establecidos en las disposiciones legales que lo consagran y cuyo alcance ha sido materia de precisión por la jurisprudencia de esta Corporación. En todo caso la parte afectada podrá acudir a la instancia judicial en búsqueda del restablecimiento de la ecuación económica fracturada. NOTA DE RELATORIA: Sobre la configuración silencio administrativo positivo en caso de desequilibrio económico del contrato estatal, consultar sentencia de 30 de marzo de 2000, Exp. Acumulado 1199, MP. Alíer Hernández Enríquez»

3. Respuesta

«1. cuál es el régimen legal y regulatorio de las solicitudes de prórroga aplicable a todos aquellos procesos de selección de la Ley 80 de 1993 y demás normas que modifiquen y complementen.

2. Bajo el anterior régimen legal o si no se estipula en el régimen específico y si en el general, cual es el termino legal que tienen las entidades públicas para pronunciarse respecto de la solicitud de prórroga en plazo de ejecución radicada por los contratistas, dentro de la ejecución de un contrato estatal.

De conformidad con las consideraciones anteriores, el EGCAP, contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como en las normas que las han modificado y las complementan, no consagran una regulación expresa sobre la posibilidad de modificar bilateralmente 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 transparencia, economía y responsabilidad, así como de todos los demás principios de la función administrativa, aplicables al proceso de gestión contractual. La regulación expresa contenida en la Ley se limita a fijar los porcentajes límite para adicionar los valores inicialmente pactados, como lo hace el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Es claro, entonces, que, 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 tiene carácter excepcional y solo procede cuando con ella se pretenda garantizar el interés público, cuando la entidad haya verificado, y así pueda constatarse, 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.

A su vez, de conformidad con el artículo 23 de la Constitución Política «Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución», derecho que es regulado de manera general por la Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se adicionó la Ley 1437 de 2011, contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Dicho estatuto regula las diferentes manifestaciones que el derecho de petición puede contener, indicando que en ejercicio de este se pueden presentar peticiones de interés general o particular, solicitar información sobre las diferentes actuaciones de las autoridades, solicitar la resolución de situaciones jurídicas particulares, formular consultas a las autoridades sobre las materias que tienen a su cargo, entre otros asuntos.

Así mismo, la Ley 1437 de 2011 regula los términos dentro de los cuales deberá resolverse cada petición de acuerdo su objeto, estableciéndose un término de diez (10) días para las peticiones de información o documentos, uno de treinta (30) días para la absolución de consultas y uno general de quince (15) días para las peticiones que no encajan en los anteriores supuestos. Dentro del correspondiente término la autoridad debe resolver de fondo la solicitud presentada brindando una respuesta clara, precisa y congruente con lo solicitado, que debe ser puesta en conocimiento del peticionario antes del vencimiento del respectivo término.

3. las entidades públicas pueden no responder de fondo las solicitudes de prórroga plazo de ejecución solicitadas, en caso de no dar respuesta o no darla en el término que se manifieste en el punto dos de esta consulta, que consecuencia acarrea para la entidad pública.

5. la no respuesta de la entidad pública de solicitud de prórroga de plazo de ejecución, se configura silencio administrativo positivo o negativo?» (sic).

El incumplimiento del deber de responder las peticiones presentadas por los administrados o la inobservancia de los términos señalados tiene unos efectos particulares establecidos por la ley en virtud del silencio administrativo, figura jurídica establecida en orden de prevenir que las situaciones sometidas a decisión de la Administración queden sin definir.

No obstante, con las argumentaciones expuestas en los numerales de esta respuesta, la posibilidad de que se pueda llegar a configurar un silencio administrativo positivo o negativo, frente a la no respuesta de la entidad estatal luego de que el contratista elevara solicitud de





prórroga durante el tiempo de ejecución del contrato, depende de si se cumplen o no con las reglas y los supuestos señalados en las consideraciones. Acorde con lo expuesto, resulta claro que no solo basta con que se cumplan los requisitos y reglas que traen, tanto el artículo 84 de la Ley 1437 de 2011, como el artículo 25, numeral 16 de la Ley 80 de 1993, sino que además, el silencio administrativo positivo no puede utilizarse para entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen un procedimiento especial en el estatuto contractual, tales como las pretendidas prórrogas, adiciones o cualesquiera modificaciones al contrato inicial.

Así mismo, según lo entiende el alto tribunal, y posición que comparte esta Agencia, la petición debe referirse a un derecho constitutivo del contratista, preexistente a la solicitud y que requiera sólo la formalidad o declaración del contratante público. Lo anterior, toda vez que el silencio positivo no se puede construir sobre situaciones y relaciones jurídicas inexistentes. Ahora bien, y en contraste con la consulta hecha por usted, una solicitud de modificación no es en sí un derecho constitutivo del contratista, sino una facultad en cabeza de la administración que le permite introducir variaciones al contrato inicialmente convenido, para así, lograr la satisfacción del servicio público.

De igual manera, la sentencia citada nos aporta el presupuesto de que lo pedido debe referirse a asuntos que requieran definirse en relación con la actividad contractual del contratista y no del contratante. Con lo cual, basta con revisar el concepto mismo de la modificación para concluir que el silencio administrativo positivo en el marco de una solicitud de modificación presentada por el contratista, no podría tener como resultado del acto ficto la aceptación de la entidad contratante para modificar eventualmente un contrato estatal, a menos que se presente un desequilibrio económico que afecte al contratista.

4. si se solicita una prórroga de plazo de ejecución y la entidad omite pronunciarse sobre dicha solicitud y se vence el plazo de ejecución del contrato, se configura causal de inhabilidad? ¿es posible que la entidad omite dar respuesta y por ello se vence el plazo de ejecución, el contratista podría repetir contra el funcionario o la entidad pública por los daños y perjuicios ocasionados?

En el supuesto en que una entidad estatal no responda una solicitud de prórroga presentada por el contratista y se cumple el tiempo de ejecución inicialmente pactado, puede configurarse una causal de inhabilidad para dicho contratista. Para resolver esos interrogantes, fue necesario revisar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que impera en las relaciones contractuales públicas.

En ese sentido, las inhabilidades son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan: i) de la existencia de comportamientos reprochables o de sanciones anteriormente impuestas, ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado y que son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos





estatales, fundadas en la calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con su calidad de proponente o contratista del Estado.

En ese contexto, las multas y la declaratoria de incumplimiento son sanciones administrativas impuestas por la entidad en cada contrato, frente al incumplimiento, parcial o definitivo, de las obligaciones pactadas, cuestión que puede llegar a presentarse en el marco de un contrato estatal que no fue ejecutado dentro del término previsto inicialmente por alguna de las partes.

En principio, las consecuencias de estas sanciones no se proyectan más allá del marco del contrato en el que fueron impuestas. No obstante, en aras de hacer prevalecer los principios de probidad, transparencia y eficiencia, en el marco de la respuesta al fenómeno de la corrupción en la contratación estatal, el legislador determinó que la declaratoria reiterada de estas sanciones, bien sea por la misma entidad o por varias, en uno o varios contratos, tuviera consecuencias negativas para el contratista más allá de los incumplimientos contractuales que las generaron.

5. existe gradualidad de las inhabilidades cuando esta es por culpa de la administración o sus funcionarios?

Las inhabilidades e incompatibilidades –como ya se dijo– al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser *restrictiva*, pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio.

Al hacer una revisión sistemática del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, no se identifican gradualidades ni escalas de responsabilidad que agraven o atenúen la responsabilidad.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

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

Elaboró: Sergio Enrique Caballero Lesmes
Analista T2 - 01 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Martha Alicia Romero Vargas
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co