

MODIFICACION DE LOS CONTRATOS ESTATALES – Procedencia – Límites

Conforme a la regulación legal y a la interpretación que de la misma han hecho el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, la cual se comparte por esta Agencia, es viable jurídicamente modificar los contratos estatales, pero esta medida tienen carácter excepcional y solo procede cuando con ella se pretenda garantizar el interés público, cuando la entidad haya verificado y así pueda constatar por cualquier que la causa de la modificación es real y cierta y cuando se deriva de previsiones legales, esto es, cuando la modificación encuentra sustento no solo en circunstancias fácticas propias de la ejecución del contrato, sino, además, cuando tales situaciones ponen de presente la necesidad de dar cumplimiento a previsiones establecidas por el legislador. Así las cosas, para establecer si un contrato determinado puede ser susceptible de modificación, se hace necesario que la Administración analice, en cada caso, la concurrencia de los aspectos antes referidos.

MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Preformas – Alcance

Los contratistas conservan el derecho de estipular en los acuerdos bilaterales modificatorios las estipulaciones que estimen pertinentes. Estos documentos deben contener la voluntad de ambas partes y debe documentar el contenido acordado por contratista y contratante. Es preciso señalar que, el ordenamiento jurídico no establece una preforma de este tipo de acuerdos, por tanto, su elaboración se sujeta a la libre autonomía de ambas partes. De modo que, por la naturaleza bilateral de estos actos modificatorios, estos deben documentar la voluntad de ambas partes, no solo de la entidad pública, por tanto, estos documentos no son inmodificables, sino que, en cada caso concreto, las entidades y sus contratistas deberán elaborarlos conforme a las condiciones que ambos lleguen a pactar.

RENUNCIAS ANTICIPADAS – Contrato estatal – Reclamaciones – Actos modificatorios – Alcance

[...] De lo anterior se infiere, conforme con esta providencia que, estas estipulaciones pueden ser acordadas voluntariamente por las partes suscribientes de los actos bilaterales modificatorios pactados durante la ejecución del contrato, en virtud de la libre autonomía de las partes que caracteriza a estos actos bilaterales.

SALVEDADES – Contratos estatales – Modificaciones – Alcance

Es claro que los contratistas conserva el derecho de estipular en los acuerdos bilaterales modificatorios sus salvedades o reclamaciones frente a las posibles alteraciones al equilibrio económico del contrato, y por tanto, las entidades no pueden negarse a incluir las mismas en los documentos bilaterales suscritos, con fundamento en formalidades que no están estipuladas en las normas de la contratación estatal, sin importar la naturaleza de las mismas siempre que estén asociadas a alteraciones al equilibrio económico del contrato; y en todo caso, según la providencia que se viene de citar, la no inclusión de estas salvedades en los documentos modificatorios referidos

no constituye un requisito de procedibilidad previo para el ejercicio de los mecanismos judiciales procedentes.

SALVEDADES – Contratos estatales – Actas de liquidación bilateral – Alcance

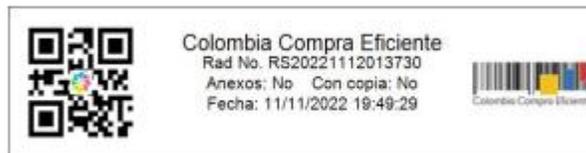
[...] En lo que se refiere a las actas de liquidación bilateral de los contratos estatales, se encuentra que el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 dispone que «*En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo*». En todo caso, es derecho del contratista realizar las salvedades u objeciones que considere, sin afectar los acuerdos logrados en otros aspectos. Estos acuerdos deben quedar consignados en un acta bilateral, documento que sirve de base para evaluar el estado final del contrato, y de ser necesario reclamar por obligaciones pendientes y en consecuencia de ello, las entidades deben estipular en ellas las reclamaciones o salvedades de orden económico y técnico que el contratista formulen frente al balance técnico, jurídico y económico del contrato.

SALVEDADES – Contratos estatales – Actas parciales – Actas de terminación – Alcance

[...] Finalmente, en la misma línea de lo precisado, respecto del derecho de los contratistas para realizar salvedades y reclamaciones en actas parciales y finales del contrato, comoquiera que se sujetan al libre acuerdo de voluntades de las partes y que las disposiciones normativas no regulan la forma en que estas deben estructurarse, las partes pueden incluir dichas salvedades, frente al contenido registrado respecto del avance en la ejecución del objeto contractual estimen pertinente, sin que exista una formalidad establecida para la elaboración de estos elementos accidentales del contrato.



Bogotá D.C., 11 de noviembre de 2022



Señores

Libardo Enrique Mejía Echeverri

Catalina Santos

Ciudad

Concepto C – 759 de 2022

Temas: MODIFICACION DE LOS CONTRATOS ESTATALES – Procedencia – Límites / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Preformas – Alcance / RENUNCIAS ANTICIPADAS – Contrato estatal – Reclamaciones - Actos modificatorios – Alcance / SALVEDADES – Contratos estatales – Modificaciones – Alcance / SALVEDADES – Contratos estatales – Actas de liquidación bilateral – Alcance / SALVEDADES – Contratos estatales – Actas parciales – Actas de terminación – Alcance /

Radicación: Respuesta a las consultas P20220928009796 y P20220928009797

Estimados señora Santos y señor Mejía:

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 28 de septiembre de 2022.

1. Problema planteado

Mediante radicado P20220928009796, preguntan:

«1. El dejar salvedades, observaciones y/o manifestaciones de inconformidad en los distintos documentos y/o actas que se emiten durante la ejecución contractual y son suscritas de mutuo acuerdo, bien sea que se trate de otrosíes, suspensiones,

modificaciones, actas de terminación parcial y/o de terminación final y actas de liquidación ¿constituye un derecho del contratista del que puede hacer legítimo uso cuando lo considere necesario?

2. ¿Puede una entidad estatal negarse legalmente a aceptar incluir en el respectivo documento (v.gr otrosíes, suspensiones, modificaciones, actas de terminación parcial y/o de terminación final y actas de liquidación) la observación o salvedad que tenga un contratista en relación con el balance financiero ejecutado del contrato?

3. ¿Puede una entidad estatal negarse aceptar incluir en el respectivo documento (v.gr otrosíes, suspensiones, modificaciones, actas de terminación parcial y/o de terminación final y actas de liquidación) la observación, salvedad o inconformidad que tenga un contratista en relación con los aspectos técnicos del contrato y/o con la motivación del respectivo documento contractual?

4. ¿Puede una entidad estatal negarse aceptar incluir en el respectivo documento (v.gr. otrosíes, suspensiones, modificaciones, actas de terminación parcial y/o de terminación final y actas de liquidación) la observación, salvedad o inconformidad que tenga un contratista con el argumento de que el formato que maneja la Entidad del respectivo documento (actas) no admite que el contratista deje planteada ninguna salvedad y que por ello, no se puede aceptar lo que solicita el contratista.

5. ¿Puede una entidad estatal negarse aceptar incluir en el respectivo documento (v.gr. otrosíes, suspensiones, modificaciones, actas de terminación parcial y/o de terminación final y actas de liquidación) la observación, salvedad o inconformidad que tenga un contratista con el argumento de que sólo se admiten en el acta de liquidación final y en ningún otro documento previo que sea suscrito de mutuo acuerdo entre las partes contractuales?

6. En el evento en que un contratista firme un documento contractual (v.gr. otrosíes, suspensiones, modificaciones, actas de terminación parcial y/o de terminación final y actas de liquidación) por petición demandante (presión) de la Entidad, este documento estaría legalmente viciado y no tendría a futuro validez legal? »

Y, con radicado P20220928009797, solicita se conceptúe sobre los siguientes interrogantes:

«1. ¿Los modelos de los actos bilaterales que deben suscribir el contratista y una entidad estatal de mutuo acuerdo durante la ejecución de un contrato regido por el estatuto general de contratación pública son absolutamente inmodificables, y por tanto de obligatoria aceptación para el contratista en los términos en que los prepare y envíe la entidad para firma de aquél?. Se aclara que no nos referimos a documentos tipo.

2. ¿Son legales las disposiciones que incluyen algunas entidades públicas en sus modelos para suspender, prorrogar y/o modificar el contrato estatal, cuyo propósito es dejar expresa una renuncia anticipada del contratista a reclamar a futuro el reconocimiento de cualquier efecto económico adverso que se genere como consecuencia de la suspensión, modificación y/o prórroga del contrato

estatal, aún si el contratista acepta firmar bajo presión de la respectiva entidad estatal?

3. Se solicita por favor aclarar si un contratista puede legalmente oponerse a asumir ese riesgo y en consecuencia, negarse a aceptar en los respectivos documentos contractuales la incorporación de las renunciaciones anticipadas para la reclamación de futuros efectos económicos adversos que se deriven de la suspensión, modificación y/o prórroga de un contrato estatal?

4. ¿Cuál es el concepto vigente en la línea jurisprudencial de la sección 3ª del Consejo de Estado en relación con las renunciaciones anticipadas a las que se hace referencia en este documento?».

Teniendo en cuenta que las consideraciones para responder las consultas planteadas se comparten y que el correo de notificaciones corresponde al mismo para ambos radicados, esta Agencia considera pertinente acumular en el presente concepto la respuesta de las dos consultas realizadas.

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 las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene atribuciones para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a

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

la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, dentro de los límites de las atribuciones de la función consultiva atribuida a esta entidad, esto es, interpretando de manera general las normas relevantes, la Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta luego de analizar los siguientes temas: i) las modificaciones de los contratos estatales; ii) generalidades sobre la liquidación bilateral del contrato estatal; y, actas expedidas durante la ejecución del contrato.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, en términos generales, en el concepto C-457 del 3 de septiembre del 2021 y C-663 de 13 de octubre de 2022, se pronunció sobre la modificación a los contratos estatales². Las tesis expuesta en este concepto se reitera en lo pertinente. Las generalidades de la liquidación bilateral del contrato estatal se pronunciaron en el concepto C – 494 de 17 de septiembre de 2021, entre otros. Las consideraciones de estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente:

2.1 Las modificaciones a los contratos estatales

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 reglamentan, no consagran una regulación expresa sobre la posibilidad de modificar los contratos celebrados por las entidades estatales. Ello encuentra sustento en que, en principio, los contratos deben ejecutarse en las condiciones pactadas inicialmente, pues tales condiciones fueron convenidas luego de que la Entidad Estatal surtiera todos los procedimientos previstos para la selección de su contratista y definiera los aspectos, técnicos, legales y financieros propios de cada caso, con observancia de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, así como de todos los demás principios de la función administrativa, aplicables al proceso de gestión contractual. La regulación expresa contenida en la Ley se limita a fijar los porcentajes límite para adicionar los valores

² Este concepto puede ser consultado en la relatoría de la Agencia en el siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos#>

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 puede 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 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

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).



de contratos es preciso entonces el diseño de reglas que permitan la adaptación y la resolución pacífica de las controversias para evitar el fracaso.

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

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

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?».

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

En el mismo sentido, en el concepto 2263 del 17 de marzo del 2016, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado precisó que la regla general es la no modificación del contrato, y la vía excepcional su modificación, sometida a límites legales; límites que, en los términos definidos en el referido concepto, corresponden a los siguientes:

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

Este límite encuentra sustento en el hecho de que, para celebrar contratos estatales las entidades públicas eligen, dentro de un «régimen de concurrencia y de igualdad, las mejores condiciones de costo, calidad e idoneidad de la prestación requerida», lo que supone que la selección objetiva de la oferta más favorable, se dirige a salvaguardar el interés público y, por lo tanto, celebrado el contrato en esas condiciones, su eventual modificación debe asegurar que lo adjudicado, y posteriormente alterado, consulte la mejor opción para el servicio público.

Así, según lo expuesto en el concepto en cuestión «la aplicación de los principios de transparencia, de libertad de concurrencia y de igualdad, consagrados en el Estatuto Contractual, y las reglas sustanciales del pliego de condiciones, que permitieron elegir la mejor oferta, previo cumplimiento de los requisitos habilitantes y de ponderación, deben ser de estricta observancia por la Administración y por el contratista, y sus efectos trascienden y se aplican durante la ejecución del contrato y en su liquidación, como garantía de inalterabilidad de lo pactado y de acatamiento a la legalidad de las reglas aplicadas en la actuación previa.

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



3. Límites de orden formal, que comprenden: i) La solemnidad del contrato de modificación, derivada del carácter solemne del contrato estatal, que exige que modificación de los contratos conste por escrito⁹; ii) la motivación y justificación de la modificación, la cual constituye un elemento esencial que permite determinar la juridicidad y la necesidad de una modificación determinada; así como su racionalidad y la proporcionalidad de su contenido.

4. Límites de orden material, que corresponden a: i) la prohibición de modificar las condiciones sustanciales del contrato, que se presentará en los casos en que se incluyan elementos que, «habiendo figurado en el procedimiento inicial, hubiera permitido la participación de otros interesados aparte de los inicialmente admitidos, o seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada».

Sobre el alcance de dicha prohibición, la Sala de Consulta y Servicio Civil expresó lo siguiente¹⁰:

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

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

[...]

-Las causas que justificarían la modificación del contrato deben obedecer al acaecimiento de situaciones o circunstancias imposibles de prever, con una diligencia debida, que hagan imperiosa o necesaria la modificación de algunas

⁹ Los acuerdos de voluntades que no cumplan con esta formalidad se consideran inexistentes, por lo tanto, tal como lo ha planteado el Consejo de Estado en el Concepto 2263 del 17 de marzo del 2017, «las eventuales reclamaciones contractuales que pueda presentar un particular sobre prestaciones realizadas, sin la previa modificación del mismo, están llamadas al fracaso, pues la Administración no puede reconocer situaciones de hecho u obligaciones dinerarias con cargo a un contrato que estipula obligaciones distintas».

¹⁰ *Ibidem*

estipulaciones del contrato, como única manera de conjurarlas. Debe tratarse de la existencia de circunstancias surgidas de un riesgo imprevisible, no necesariamente de una situación no prevista, que pueda razonablemente considerarse en un futuro mediano o que debieron ser previstas en la etapa de planeación del contrato. Ello supone la existencia de circunstancias posteriores, externas a las partes y no agravadas por su acción u omisión, puestas de manifiesto o imposibles de advertir en la etapa precontractual, que, además, muestren la imposibilidad de cumplir lo pactado inicialmente, o su falta de idoneidad. Estas circunstancias pueden obedecer a razones de tipo geológico, medioambiental o de otra índole, que no pudieron ser razonablemente previstas. [...]

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

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

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

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 por cualquier que la causa de la modificación es real y cierta, y cuando se deriva de previsiones legales, esto es, cuando la modificación encuentra sustento no solo en circunstancias fácticas propias de la ejecución del contrato, sino, además, cuando tales situaciones ponen de presente la necesidad de dar cumplimiento a previsiones establecidas por el legislador. Así las cosas, para establecer si un contrato determinado puede ser susceptible de modificación, se hace necesario que la Administración analice, en cada caso, la concurrencia de los aspectos antes referidos.

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

Sobre este último punto, la doctrina¹¹ ha precisado que cuando «se alude a la modificación del contrato se lo hace para referirse a alteraciones, variaciones, sustituciones de calidad, componentes o número de obras, bienes o servicios. No implican la sustitución del género del contrato sino modificaciones que responden a necesidades sobrevivientes o a errores en la fase previa»¹². Para la determinación de los aspectos que no alteran la esencia del contrato estatal y que por ello al variarse no lo convierte en otro contrato, resulta útil remitirse a lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil, que establece que los contratos tienen elementos de su esencia, de su naturaleza y accidentales. Las definiciones de cada uno de dichos conceptos efectuadas en el artículo en comento resultarán útiles para establecer, en un caso determinado, si una específica modificación altera la esencia del contrato.

En todo caso, corresponderá a cada Entidad Estatal realizar el análisis respecto a la precedencia de modificar determinado contrato estatal, en el entendido que se respeten las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, además de definir previamente su procedencia desde la perspectiva jurídica, técnica y financiera.

Ahora, con base en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 establece que las partes deben mantenerse en igualdad de derecho y obligaciones pactadas frente a las entidades estatales, en desarrollo de esta mandato, la misma disposición normativa, faculta a las partes contratantes para suscribir acuerdos necesarios para el restablecimiento de estas condiciones, en aquellos eventos en que se evidencia una posible afectación o alteración de los mismos, y en atención a la bilateralidad de estos actos, las partes del contrato tienen autonomía para incluir las estipulaciones o salvedades en la que adviertan las posibles afectaciones a los derechos involucrados en el negocio jurídico.

Así las cosas, los contratistas conservan el derecho de estipular en los acuerdos bilaterales modificatorios las estipulaciones que estimen pertinentes. Estos documentos deben contener la voluntad de ambas partes y debe documentar el contenido acordado por contratista y contratante. Es preciso señalar que, el ordenamiento jurídico no establece una preforma de este tipo de acuerdos, por tanto, su elaboración se sujeta a la libre autonomía de ambas partes. De modo que, por la naturaleza bilateral de estos actos modificatorios, estos deben documentar la voluntad de ambas partes, no solo de la entidad pública, por tanto, estos documentos no son inmodificables, sino que, en cada caso concreto, las

¹¹ Cfr. DAVILA VINUEZA Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Editorial Legis, 2001, p. 387.

¹² 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.

entidades y sus contratistas deberán elaborarlos conforme a las condiciones que ambos lleguen a pactar.

De igual forma, las partes del contrato tienen autonomía para dejar sentada sus salvedades o reclamaciones en los otros documentos suscritos durante la ejecución del contrato, en las que se adviertan de forma clara y precisa las posibles afectaciones a los derechos involucrados en el negocio jurídico. Este derecho es una manifestación del ejercicio de la autonomía de la voluntad que orienta la contratación estatal, que reconoce la capacidad de las partes para autoregular sus relaciones, permitiendo que estas estipulen sus reclamaciones o salvedades frente a la ejecución de acuerdo modificatorios del contrato y adoptar las medidas necesarias para solucionar las diferencias entre las partes. Así, en lo que se refiere a las diferencias, reclamaciones o salvedades por las alteraciones a las condiciones económicas de alguna de las partes, al momento de suscribir suspensiones, prórrogas, adiciones, otrosí, entre otros, el Consejo de Estado ha sostenido que estas, de un lado, deben consignarse en el acta o documento correspondiente, y de otro, deben indicarse de forma clara y expresa las condiciones que, a juicio de la parte respectiva, afectan la forma y el equilibrio económico del contrato.

Sin embargo, debe aclarar que, la Subsección C del Consejo de Estado en pronunciamiento de 2020, precisó que el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 no estableció un requisito de procedibilidad previo para la suscripción de pacto adicionales durante la ejecución del contrato, en virtud del cual el silencio de alguna de las partes respecto de una determinada reclamación económica enerve el derecho de accionar de la parte interesada, para obtener la protección judicial de los derechos derivados del contrato. El Consejo de Estado, en dicha oportunidad señaló:

«El artículo 27 de la Ley 80 de 1993, en manera alguna establece una suerte de “requisito de procedibilidad previo”, según el cual, al suscribirse pactos adicionales durante la ejecución del contrato, el silencio de una de las partes frente a una determinada reclamación, le impide pretenderla en proceso judicial y que sea estudiada de fondo por el juez del contrato. El hecho de que el legislador propicie en esta norma, como lo hace en otros preceptos (p.ej. 4.9 y 25.14), no impide que puedan acudir al juez del contrato a resolver litigios y controversia, como derecho de los contratistas reconocidos en el artículo 5 numeral 3 de la Ley 80 de 1993¹³.»

En ese mismo sentido, el Consejo de Estado, en un proceso de controversias contractuales, en el que se solicitó el pago de costos asociados a mayor permanencia de obra, debido a una modificación del contrato, y en la que se estipuló que el contratista no presentará reclamación por este asunto, señaló lo siguiente:

¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 20 de noviembre de 2020. Rad: 05001233100019990009301 (38.097). CP: Guillermo Sánchez Luque.

[...] Estas modificaciones indican que no habría lugar a adiciones de valor o sobre costos para el Instituto y que el contratista no presentaría reclamación alguna por mayor permanencia en obra y la Sala no puede desconocer sus efectos y su fuerza vinculante, puesto que se trata negocios jurídicos celebrados por las dos partes del contrato y en relación con los cuales no se observa, ni se alegó, ningún vicio de nulidad¹⁴.

En esta decisión, el Consejo de Estado tuvo por válida la estipulación del acuerdo modificatorio en el que el contratista renunció a la reclamación derivada de la mayor permanencia de obra, con fundamento en que no se puede desconocer efectos y fuerza vinculante de esta cláusula, porque en este caso, el demandante no alegó vicio de nulidad. De lo anterior se infiere, conforme con esta providencia que, estas estipulaciones pueden ser acordadas voluntariamente por las partes suscribientes de los actos bilaterales modificatorios pactados durante la ejecución del contrato, dentro de esta libre autonomía de las partes que caracteriza a estos actos bilaterales, las partes establecerán las condiciones de estas negociaciones, incluyendo aquellas que devienen del acuerdo de las partes del contrato.

En ese orden de ideas, es claro que los contratistas conserva el derecho de estipular en los acuerdos bilaterales modificatorios y en los demás documentos que suscriban las partes durante la ejecución del contrato sus salvedades o reclamaciones frente a las posibles alteraciones al equilibrio económico del contrato, y por tanto, las entidades no pueden negarse a incluir las mismas en los documentos bilaterales suscritos, con fundamento en formalidades que no están estipuladas en las normas de contratación estatal, sin importar la naturaleza de las mismas siempre que estén asociadas a alteraciones al equilibrio económico del contrato; y en todo caso, según la providencia que se citó previamente, la no inclusión de estas salvedades en los documentos modificatorios referidos no constituye un requisito de procedibilidad previo para el ejercicio de los mecanismos judiciales procedentes.

2.2. Generalidades sobre la liquidación bilateral del contrato estatal

La doctrina de esta Agencia se ha referido a las generalidades sobre la liquidación bilateral del contrato estatal, explicando que conforme al artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por los artículos 32 de Ley 1150 de 2007 y 217 del Decreto 019 de 2012, los contratos de tracto sucesivo, aquellos en los que la ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y lo además que así lo requieran, deberán liquidarse; mientras que los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión no es obligatorio

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 18 de noviembre de 2021. Rad: 47001-23-33-001-2013-00363-01 (61641). CP: Alberto Montaña Plata.

que se liquiden¹⁵.

La liquidación de los contratos ha sido definida por la jurisprudencia como el balance económico, técnico y jurídico del cumplimiento de las obligaciones contractuales que las partes tienen o tenían a su cargo. En este sentido, *«la liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que definan en qué estado quedan después de cumplida la ejecución de aquel»*.¹⁶

En estos términos, liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y en cuanto a lo segundo dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual.

La liquidación del contrato tiene como propósito que los contratantes superen las controversias que se hayan presentado durante la ejecución del contrato. De allí que el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 establezca que *«En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo»*. En todo caso, es derecho del contratista realizar las salvedades u objeciones que considere, sin afectar los acuerdos logrados en otros aspectos. Estos acuerdos deben quedar consignados en un acta bilateral, documento que sirve de base para evaluar el estado final del contrato, y de ser

¹⁵ Ley 80 de 1993: “Artículo 60. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

“También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

“En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

“Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

“La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión”.

¹⁶ Así lo ha señalado el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 20 de octubre de 2014, radicado No. 05001- 23-31-000-1998-00038-01 (27.777), C.P. Enrique Gil Botero.

necesario reclamar por obligaciones pendientes y en consecuencia de ello, las entidades deben estipular en ellas las reclamaciones o salvedades de orden económico y técnico que el contratista formulen frente al balance técnico, jurídico y económico del contrato.

En definitiva, la liquidación bilateral es un negocio jurídico, en el que las partes del contrato estatal, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, regulan la finalización de su relación y disponen de los intereses que emanan de ella. Asimismo, tiene efectos de título ejecutivo, transaccionales, puesto que las declaraciones y expresiones incorporadas en la correspondiente acta son reconocidas y protegidas por el ordenamiento jurídico, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución Política, la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, y los principios y finalidades del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y de la buena administración.

En ese sentido, la liquidación bilateral puede considerarse como una forma alternativa de resolver los conflictos o controversias que surjan a partir de la determinación de las prestaciones comunes a que las partes contractuales puedan o no tener derecho luego de haberse ejecutado el contrato, esto es, como una manera de evitar futuros litigios frente a los mismos asuntos¹⁷.

2.3. Actas expedidas durante la ejecución del contrato

Durante la ejecución y después de la terminación de los contratos estatales se pueden presentar ciertas actuaciones que la Entidad Estatal debe realizar por mandato legal, o que deben adelantar las partes del contrato en virtud del acuerdo de voluntades. Algunas de estas actuaciones son: i) acta de recibo final del contrato y ii) actas parciales de avance. En estos documentos, las partes consagran diversas circunstancias que se registran el progreso o ejecución del contrato estatal.

Las primeras, actas de recibo final del contrato, es el medio a través del cual se registra la ejecución del objeto del contrato, en el que se documenta el cumplimiento cabal de las especificaciones técnicas acordadas en el contrato. Sobre el contenido de estas, el Consejo de Estado precisó:

¹⁷ La liquidación del contrato también ha sido considerada por la doctrina como un procedimiento y un mecanismo de solución de controversias. En este sentido, véase: Samuel Yong Serrano, *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación*, 4ª ed., Grupo editorial Ibáñez, Bogotá, 2015, p. 298; Francisco Cuello Duarte, *Contratos de la administración Pública*, Tercera edición. Ecoe Ediciones, Bogotá, 2009, p. 270; Aída Patricia Hernández Silva, «La liquidación del contrato estatal», en *Revista digital de Derecho administrativo*, Universidad Externado, número 1. 2009, p. 1; Juan Ángel Palacio Hincapié, *La contratación de las entidades estatales*, 5ª ed., Medellín, Librería Jurídica Sánchez, 2005, pp. 335, 338 y 339, y Juan Carlos Expósito Vélez, «La liquidación bilateral de los contratos estatales: un mecanismo alternativo de solución de conflictos», en *Revista digital de Derecho administrativo*, Universidad Externado, número 1. 2009.

[...] Es concebida como un medio de verificación de la ejecución del objeto contractual, para determinar si el mismo se efectuó cabalmente y de acuerdo con las especificaciones pactadas en el contrato, lo que significa que dicha acta constituye un elemento anterior y útil para la liquidación de los contratos, puesto que a través de ella se constata cualitativa y cuantitativamente el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista como paso previo para efectuar el respectivo corte de cuentas que implica la liquidación del contrato -aunque en algunas ocasiones, las partes de hecho liquidan el contrato en la que denominan acta de recibo final-¹⁸.

Así las cosas, las actas de recibo final del contrato contienen el estado de cumplimiento cabal del objeto pactado en el contrato. Es decir, en este documento, las partes verifican el cumplimiento del objeto contratado y constituyen un documento previo al acta de liquidación del contrato. Por otro lado, las segundas, actas parciales del contrato, se suscriben periódicamente en consideración a la naturaleza de tracto sucesivo de los contratos en el marco de cuya ejecución se general y que además de constatar la ejecución parcial de las obligaciones del contrato, facilita el pago parcial de los mismos. Sobre el particular, el Consejo de Estado señaló lo siguiente:

[...] En contratos de tracto sucesivo, en los que se pactan entregas periódicas de obras, bienes o servicios, se acuerde la elaboración de actas parciales de recibo cada cierto tiempo, que servirán como soporte para la elaboración de las respectivas cuentas de cobro y por lo tanto, constituyen uno de los requisitos acordados para su presentación, de tal manera que, dichas actas, representan cortes parciales de la ejecución del objeto contractual, que va avanzando conforme transcurre el plazo acordado y su finalidad básicamente es la de permitir el cálculo del avance de la ejecución en relación con lo pactado así como el valor de lo que se ejecutó en ese periodo de tiempo, para efectos de realizar el respectivo cobro parcial¹⁹.

Las actas parciales contienen la ejecución periódica de las actividades para cumplir el objeto contractual, y constituyen, como lo señala la sentencia precitada, cortes parciales de la ejecución del objeto contratado. Con estos documentos, se facilita el cálculo del avance de la ejecución de lo pactado en el contrato. Estos elementos accidentales del contrato no están regulados en la ley, por lo cual su configuración se sujeta al «*libre acuerdo de voluntades de las partes*²⁰».

Finalmente, en la misma línea de lo precisado precedentemente, respecto del derecho de los contratistas para realizar salvedades y reclamaciones en actas parciales del contrato, comoquiera que se sujetan al libre acuerdo de voluntades de las partes y que las disposiciones normativas no regulan la forma en que estas deben estructurarse, las

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 28 de febrero de 2013. Rad: 25000-23-26-000-2001-02118-01(25199). CP: Danilo Rojas Betancourth.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Ibidem*.

partes pueden incluir dichas salvedades, frente al contenido registrado respecto del avance en la ejecución del objeto contractual estimen pertinente, sin que exista una formalidad establecida para la elaboración de estos elementos accidentales del contrato.

3. Respuesta

- « 1. *El dejar salvedades, observaciones y/o manifestaciones de inconformidad en los distintos documentos y/o actas que se emiten durante la ejecución contractual y son suscritas de mutuo acuerdo, bien sea que se trate de otrosíes, suspensiones, modificaciones, actas de terminación parcial y/o de terminación final y actas de liquidación ¿constituye un derecho del contratista del que puede hacer legítimo uso cuando lo considere necesario?*
2. *¿Puede una entidad estatal negarse legalmente a aceptar incluir en el respectivo documento (v.gr otrosíes, suspensiones, modificaciones, actas de terminación parcial y/o de terminación final y actas de liquidación) la observación o salvedad que tenga un contratista en relación con el balance financiero ejecutado del contrato?*
3. *¿ Puede una entidad estatal negarse aceptar incluir en el respectivo documento (v.gr otrosíes, suspensiones, modificaciones, actas de terminación parcial y/o de terminación final y actas de liquidación) la observación, salvedad o inconformidad que tenga un contratista en relación con los aspectos técnicos del contrato y/o con la motivación del respectivo documento contractual?*
4. *¿Puede una entidad estatal negarse aceptar incluir en el respectivo documento (v.gr. otrosíes, suspensiones, modificaciones, actas de terminación parcial y/o de terminación final y actas de liquidación) la observación, salvedad o inconformidad que tenga un contratista con el argumento de que el formato que maneja la Entidad del respectivo documento (actas) no admite que el contratista deje planteada ninguna salvedad y que por ello, no se puede aceptar lo que solicita el contratista.*
5. *¿Puede una entidad estatal negarse aceptar incluir en el respectivo documento (v.gr. otrosíes, suspensiones, modificaciones, actas de terminación parcial y/o de terminación final y actas de liquidación) la observación, salvedad o inconformidad que tenga un contratista con el argumento de que sólo se admiten en el acta de liquidación final y en ningún otro documento previo que sea suscrito de mutuo acuerdo entre las partes contractuales?*
6. *En el evento en que un contratista firme un documento contractual (v.gr. otrosíes, suspensiones, modificaciones, actas de terminación parcial y/o de terminación final y actas de liquidación) por petición demandante (presión) de la Entidad, este documento estaría legalmente viciado y no tendría a futuro validez legal?»*

En respuesta a las preguntas objeto de su consulta, para la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, con base en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 establece que las partes deben mantenerse en igualdad de derecho y obligaciones pactadas frente a la Entidad Estatal, en desarrollo de esta mandato, la misma disposición normativa, faculta a las partes contratantes para suscribir acuerdos necesarios para el restablecimiento de estas condiciones, en aquellos eventos en que se evidencia una posible

afectación o alteración de los mismos.

Así, las partes del contrato tienen autonomía para dejar sentada sus salvedades o reclamaciones en los documentos suscritos durante la ejecución del contrato, en las que se adviertan de forma clara y precisa las posibles afectaciones a los derechos involucrados en el negocio jurídico. Este derecho es una manifestación del ejercicio de la autonomía de la voluntad que orienta la contratación estatal, que reconoce la capacidad de las partes para autoregular sus relaciones, permitiendo que estas estipulen sus reclamaciones o salvedades frente a la ejecución de acuerdo modificatorios del contrato y adoptar las medidas necesarias para solucionar las diferencias entre las partes. Así, en lo que se refiere a las diferencias, reclamaciones o salvedades por las alteraciones a las condiciones económicas de alguna de las partes, al momento de suscribir suspensiones, prórrogas, adiciones, otrosí, entre otros, el Consejo de Estado ha sostenido que estas, de un lado, deben consignarse en el acta o documento correspondiente, y de otro, deben indicarse de forma clara y expresa las condiciones que, a juicio de la parte respectiva, afectan la forma y el equilibrio económico del contrato.

En este orden, es claro que los contratistas conserva el derecho de estipular en los acuerdos bilaterales modificatorios sus salvedades o reclamaciones frente a las posibles alteraciones al equilibrio económico del contrato, y por tanto, las entidades no pueden negarse a incluir las mismas en los documentos bilaterales suscritos, con fundamento en formalidades que no están estipuladas en las normas de contratación estatal, y en todo la no inclusión de estas salvedades en los documentos modificatorios referidos no constituye un requisito de procedibilidad previo para el ejercicio de los mecanismos judiciales procedentes.

Ahora bien, en las actas de liquidación bilateral de los contratos estatales, el contratista tiene el derecho de realizar las salvedades u objeciones que considere, sin afectar los acuerdos logrados en otros aspectos. Estos acuerdos deben quedar consignados en un acta bilateral, documento que sirve de base para evaluar el estado final del contrato, y de ser necesario reclamar por obligaciones pendientes y en consecuencia de ello, las entidades deben estipular en ellas las reclamaciones o salvedades de orden económico ya técnico que el contratista formulen frente al balance técnico, jurídico y económico del contrato.

«1. ¿Los modelos de los actos bilaterales que deben suscribir el contratista y una entidad estatal de mutuo acuerdo durante la ejecución de un contrato regido por el estatuto general de contratación pública son absolutamente inmodificables, y por tanto de obligatoria aceptación para el contratista en los términos en que los prepare y envíe la entidad para firma de aquél?. Se aclara que no nos referimos a documentos tipo.»

Como bien se indicó, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 establece que las partes deben mantenerse en igualdad de derecho y obligaciones pactadas frente a las entidades públicas, en desarrollo de esta mandato, la misma disposición normativa, faculta a las partes contratantes para suscribir acuerdos necesarios para el restablecimiento de estas condiciones, en aquellos eventos en que se evidencia una posible afectación o alteración de los mismos, y en atención a la bilateralidad de estos actos, las partes del contrato tienen autonomía para incluir las estipulaciones o salvedades en la que adviertas las posibles afectaciones a los derechos involucrados en el negocio jurídico.

Así las cosas, Los contratistas conservan el derecho de estipular en los acuerdos bilaterales modificatorios las estipulaciones que estimen pertinentes. Es preciso señalar que, el ordenamiento jurídico no establece una preforma de este tipo de acuerdos, por tanto, su elaboración se sujeta a la libre autonomía de ambas partes. De modo que, por la naturaleza bilateral de estos actos modificatorios, estos deben documentar la voluntad de ambas partes, no solo de la entidad pública, por tanto, estos documentos no son inmodificables, sino que, en cada caso concreto, las entidades y sus contratistas deberán elaborarlos conforme a las condiciones que ambos lleguen a pactar.

«2. ¿Son legales las disposiciones que incluyen algunas entidades públicas en sus modelos para suspender, prorrogar y/o modificar el contrato estatal, cuyo propósito es dejar expresa una renuncia anticipada del contratista a reclamar a futuro el reconocimiento de cualquier efecto económico adverso que se genere como consecuencia de la suspensión, modificación y/o prórroga del contrato estatal, aún si el contratista acepta firmar bajo presión de la respectiva entidad estatal?»

3. Se solicita por favor aclarar si un contratista puede legalmente oponerse a asumir ese riesgo y en consecuencia, negarse aceptar en los respectivos documentos contractuales la incorporación de las renunciaciones anticipadas para la reclamación de futuros efectos económicos adversos que se deriven de la suspensión, modificación y/o prórroga de un contrato estatal?»

En relación con la pregunta No. 2 de su petición, es pertinente señalar que la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme con lo señalado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es la competente para estudiar la legalidad de los contratos que suscriban las entidades públicas. Sin embargo, frente a este particular, es preciso señalar que, el Consejo de Estado, en un proceso de controversias contractuales, en el que se solicitó el pago de costos asociados a mayor permanencia de obra, debido a una modificación del contrato, y en la que se estipuló que el contratista no presentará reclamación por este asunto, señaló que dicha estipulación era válida con fundamento en que no se puede desconocer efectos y fuerza vinculante de esta cláusula, porque en este caso, el demandante no alegó vicio de nulidad. De lo anterior se infiere, conforme con esta providencia que, estas estipulaciones pueden ser acordadas voluntariamente por las partes suscribientes de los actos bilaterales modificatorios pactados

durante la ejecución del contrato, dentro de esta libre autonomía de las partes que caracteriza a estos actos bilaterales, las partes establecerán las condiciones de estas negociaciones.

4. ¿Cuál es el concepto vigente en la línea jurisprudencial de la sección 3ª del Consejo de Estado en relación con las renunciaciones anticipadas a las que se hace referencia en este documento?».

Esta Agencia se permite informarle, en relación con esta pregunta que hasta la fecha no se ha expedido concepto alguno en el que se haya desarrollado el alcance de las renunciaciones anticipadas en actos bilaterales modificatorios que se suscriban durante la ejecución de los contratos estatales.

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

Atentamente,

*Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio*

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

Elaboró: Nina María Padrón Ballestas
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Any Alejandra Tovar Castillo
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE

